سلسلة صالح كامل للرسائل الجامعية
في الاقتصاد الإسلامي

الكتاب الثالث

هدية من المؤلف
١٩٩٦/٩/٢٨

الغرر وأثره في العقود
في الفقه الإسلامي

تأليف

البروفسور الصديق محمد الأمين الضرير
رئيس قسم الشريعة الإسلامية بجامعة الخرطوم

الكتاب الحائز على جائزة الملك فيصل العالمية للدراسات الإسلامية
١٤١٠ هـ - ١٩٩٠م

الطبعة الثانية

١٤١٦هـ - ١٩٩٥م

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة الشيخ صالح كامل

الحمد لله العليم الخبير خلق الإنسان وعلمه البيان واستخلفه في الأرض ليقوم بعمارتها بالعدل والقسط ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على المبلغ الأمين الهادي إلى الصراط المستقيم سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسائر الصالحين ، ،

وبعــــد :

إن مجموعة دله البركة التي تمارس النشاط المصرفي والتجاري والصناعي والزراعي والخدمي وفقاً لتعاليم وأحكام الشريعة الإسلامية تدرك أن مسيرة الاقتصاد الإسلامي رغم التجربة التي خاضتها حتى الآن لا زالت تحتاج إلى كثير من التأصيل الشرعي الذي يستمد قواعده ومناهجه من التراث الفقهي العظيم الذي خلفه علماؤنا الأجلاء لمعالجة القضايا الاقتصادية المستجدة المتلاحقة بروح العصر ، وبالفهم العميق للواقع المعاصر والعلاقات التي تحكمه والظواهر التي تربط بين مكوناته .

ولذلك كان لا بد من التحام واع ذكي بين الفقه والاقتصاد حتى نستطيع تدريجياً أن نقضي على الثنائية القائمة والصعوبات التي تنشأ عادة من عدم قدرة الاقتصاديين على الإحاطة المطلوبة بفقه المعاملات الإسلامية ، وعدم قدرة الفقهاء على الإحاطة بدقائق النشاط الاقتصادي الحديث ، وذلك حتى نصل في نهاية المطاف إلى الاقتصادي المسلم .

وتعتبر المحاولات الجادة التي بدأتها كثير من الجامعات خاصة جامعات المملكة العربية السعودية بإقامة أقسام للدراسات العليا في الاقتصاد الإسلامي بحيث يجمع الدارس فيها بين المعارف الاقتصادية والعلوم الشرعية خطوة عظيمة تجاه الهدف المنشود ، ولهذا السبب وانسجاماً مع أحد أهداف المجموعة المتمثل في خدمة الاقتصاد الإسلامي ميدانياً وفي مجال البحث العلمي ، وتشجيعاً لتلك الجهود الجامعية الجادة ، فلقد قررت المجموعة ممثلة في إدارة التطوير والبحوث (قسم الدراسات والبحوث الشرعية) إخراج هذه السلسلة دورياً بحيث يتم طباعة ونشر رسالتين جامعيتين في الاقتصاد الإسلامي حتى تتاح تلك الرسائل للدارسين والباحثين والمؤسسات القائمة .

ومما شجعني أكثر على تبني هذه الرسائل الجامعية أنها تنوعت وغطت مجالات عدة شملت النقود والأسواق المالية والعمل والأجور والتوزيع والضرائب والتنمية والتكامل واقتصاديات الحج وبذلك فقد توافق هذا التنويع مع قناعة راسخة في نفسي بأن الاقتصاد الإسلامي ليس هو فقط منع الربا وإقامة البنوك الإسلامية ، ولقد ظلمه الكثيرون بحصره في ذلك الإطار الضيق حيث ان الأحكام والقواعد الإسلامية لها تطبيقاتها في كل شئون الاقتصاد والمعيشة ابتداء من تقرير حقيقة أساسية وهي أن المال مال الله وانطلاقاً من تنظيم علاقة الفرد بخالقه في كيفية تصرفه في هذا المال اكتساباً وإنفاقاً ، وعلاقة الفرد المالية مع أسرته ومع ورثته وشركائه ومجتمعه ، انتهاء بتنظيم العلاقات على المستوى الكلي في الاستهلاك والاستثمار والتنمية والتوازن .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

صالح عبد الله كامل

جدة في ١٥ / ٧ / ١٩٩٣م

مساهمات مجموعة دله البركة
في خدمة الاقتصاد الإسلامي

تعمل المجموعة بشكل شامل ومتكامل من أجل الاستغلال الأمثل للموارد والإمكانات المادية والبشرية المتاحة لصالح المجتمع الإنساني التزاماً بالمنهج الاقتصادي الإسلامي ، واهتداءً بمبادىء ومسئولية الاستخلاف وعمارة الأرض ، وتطبيقاً لأحكام المعاملات الإسلامية التي تحث على العمل والكسب الطيب وتزكية المال ، وتمنع الربا والاحتكار والغش والاستغلال وكافة أشكال الكسب الخبيث .

ولقد توسعت المجموعة في نشاطاتها المصرفية والتجارية والزراعية والصناعية والخدمية والتي غطت أكثر من (٣٢) دولة سعت من خلالها إلى تجسيد قيم ومفاهيم الاقتصاد الإسلامي وتنزيلها على واقع معاملات الناس ، كما أنها في مسار متزامن ومواز سعت إلى تدعيم الجانب البحثي والعلمي للاقتصاد الإسلامي

ويسر إدارة التطوير والبحوث وهي إحدى الجهات المنوط بها تنفيذ أهداف المجموعة في جانب البحث العلمي أن تعرض جانباً من مساهمات مجموعة دله البركة في خدمة الاقتصاد الإسلامي على مستوى البحث والتنظير وتطوير آلياته ومناهج تقديمه للناس وذلك من خلال استعراض الأنشطة التالية :

أولاً : إنشاء المراكز المتخصصة في أبحاث الاقتصاد الإسلامي :

قامت المجموعة بإنشاء مراكز مزودة بكافة التسهيلات مثل قاعات المحاضرات والمكتبات المتخصصة وزودتها بكافة الأجهزة التقنية اللازمة لها لأداء رسالتها ،

وتتحمل المجموعة كل أو بعض نفقات تسيير هذه المراكز وهي :

أ - مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر - القاهرة .

ب - المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز، جدة .

جـ - مركز البحوث والاستشارات المالية الإسلامية . عمان - الأردن .

د - مركز الدراسات الاقتصادية والإدارية كازاخستان .

هـ - مركز الدراسات الاقتصادية والإدارية أوزبكستان .

ثانياً : ندوة البركة السنوية للاقتصاد الإسلامي :

وهي ملتقى شرعي واقتصادي ومحور أساسي لتطوير العمل المصرفي الإسلامي من الناحيتين الفنية والفقهية ، وتم حتى تاريخه عقد ست ندوات اشترك فيها أكثر من ٧٦ فقيهاً و٢٦٠ مختصاً من الاقتصاديين والماليين والمصرفيين .

ولقد أخرجت فتاوى هذه الندوات في كتيب خاص بها صدرت منه ثلاث طبعات حتى الآن ، كما تم تدوين وطباعة المناقشات التي جرت في كل ندوه على حدة تمهيداً لطبعها على نطاق واسع .

ثالثاً : حلقة رمضان السنوية :

وهي حلقة علمية تعقد سنوياً وتستمر لمدة يومين لمناقشة بعض المسائل التي يقترح المستشار الشرعي عرضها على عدد كبير من العلماء والفقهاء ويتم فيها عرض المسألة من جانب المصرفيين والفنيين ثم مناقشتها من الناحية الشرعية ، ويدعى لحضورها والمشاركة فيها عدد من مديري المعاهد والجامعات والمؤسسات بالإضافة إلى بعض الشخصيات المهنية ويتم نشر فتاوى هذه الحلقات على نطاق واسع لاستفادة مختلف الأطراف منها .

رابعاً : ندوة رمضان السنوية :

وهي ندوة عامة مفتوحة لجمهور الناس يدعى لها أحد كبار العلماء وأحد الاقتصاديين أو المسئولين بالإضافة إلى مشاركة رئيس المجموعة فيها لمناقشة أحد الموضوعات الإقتصادية المعاصرة في ضوء رؤى ومنظور الاقتصاد الإسلامي .

خامساً : الفهارس التحليلية للاقتصاد الإسلامي :

ترعى المجموعة إصدار الفهارس التحليلية للاقتصاد الإسلامي (مكتبة صالح كامل) من خلال جهاز فني يقوم بذلك في إطار المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية (مؤسسة آل البيت) ويتم إنجاز هذا المشروع بسلسلتين :

الأولى : الفهارس التحليلية وفقاً للمصادر وذلك باستخراج المسائل الاقتصادية التي يتضمنها المصدر تبعاً لاجزائه وصفحاته ، وقد بلغ عدد أجزاء هذه السلسلة (١٧) جزءاً .

الثانية : الفهارس التحليلية وفقاً للموضوعات وذلك باستخراج المسائل الاقتصادية من مجموعة من المصادر مرتبة على المصطلحات الاقتصادية وقد بلغ عدد أجزاء هذه السلسلة (١٤) جزءاً .

وقد بلغت المصادر التي تمت فهرستها حتى الآن ما يقارب خمسمائة مصدر .

ويؤمل أن تشكل هذه الفهارس نافذة على التراث الإسلامي الاقتصادي من خلال شتى المصادر التفسيرية والحديثية والفقهية والتاريخية والأدبية وكتب السياسة الشرعية والأموال والحسبة والنظم المختلفة . إلخ . . .

سادساً : برنامج فهرسة وتصنيف الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتصلة بالنشاط الاقتصادي :

قطعت المجموعة شوطاً كبيراً في البرنامج الخاص بتصنيف وفهرسة الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تتناول النشاط الاقتصادي بصفة عامة تمهيداً

وتتحمل المجموعة كل أو بعض نفقات تسيير هذه المراكز وهي :

أ ـ مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي بجامعة الأزهر ـ القاهرة .

ب ـ المركز العالمي لأبحاث الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز، جدة .

جـ ـ مركز البحوث والاستشارات المالية الإسلامية . عمان ـ الأردن .

د ـ مركز الدراسات الاقتصادية والإدارية كازاخستان .

هـ ـ مركز الدراسات الاقتصادية والإدارية أوزبكستان .

ثانياً : ندوة البركة السنوية للاقتصاد الإسلامي :

وهي ملتقى شرعي واقتصادي ومحور أساسي لتطوير العمل المصرفي الإسلامي من الناحيتين الفنية والفقهية ، وتم حتى تاريخه عقد ست ندوات اشترك فيها أكثر من ٧٦ فقيهاً و٢٦٠ مختصاً من الاقتصاديين والماليين والمصرفيين .

ولقد أخرجت فتاوى هذه الندوات في كتيب خاص بها صدرت منه ثلاث طبعات حتى الآن ، كما تم تدوين وطباعة المناقشات التي جرت في كل ندوه على حدة تمهيداً لطبعها على نطاق واسع .

ثالثاً : حلقة رمضان السنوية :

وهي حلقة علمية تعقد سنوياً وتستمر لمدة يومين لمناقشة بعض المسائل التي يقترح المستشار الشرعي عرضها على عدد كبير من العلماء والفقهاء ويتم فيها عرض المسألة من جانب المصرفيين والفنيين ثم مناقشتها من الناحية الشرعية ، ويدعى لحضورها والمشاركة فيها عدد من مديري المعاهد والجامعات والمؤسسات بالإضافة إلى بعض الشخصيات المهنية ويتم نشر فتاوى هذه الحلقات على نطاق واسع لاستفادة مختلف الأطراف منها .

رابعاً : ندوة رمضان السنوية :

وهي ندوة عامة مفتوحة لجمهور الناس يدعى لها أحد كبار العلماء وأحد الاقتصاديين أو المسئولين بالإضافة إلى مشاركة رئيس المجموعة فيها لمناقشة أحد الموضوعات الإقتصادية المعاصرة في ضوء رؤى ومنظور الاقتصاد الإسلامي .

خامساً : الفهارس التحليلية للاقتصاد الإسلامي :

ترعى المجموعة إصدار الفهارس التحليلية للاقتصاد الإسلامي (مكتبة صالح كامل) من خلال جهاز فني يقوم بذلك في إطار المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية (مؤسسة آل البيت) ويتم إنجاز هذا المشروع بسلسلتين :

الأولى : الفهارس التحليلية وفقاً للمصادر وذلك باستخراج المسائل الاقتصادية التي يتضمنها المصدر تبعاً لاجزائه وصفحاته ، وقد بلغ عدد أجزاء هذه السلسلة (١٧) جزءاً .

الثانية : الفهارس التحليلية وفقاً للموضوعات وذلك باستخراج المسائل الاقتصادية من مجموعة من المصادر مرتبة على المصطلحات الاقتصادية وقد بلغ عدد أجزاء هذه السلسلة (١٤) جزءاً .

وقد بلغت المصادر التي تمت فهرستها حتى الآن ما يقارب خمسمائة مصدر .

ويؤمل أن تشكل هذه الفهارس نافذة على التراث الإسلامي الاقتصادي من خلال شتى المصادر التفسيرية والحديثية والفقهية والتاريخية والأدبية وكتب السياسة الشرعية والأموال والحسبة والنظم المختلفة . إلخ . . .

سادساً : برنامج فهرسة وتصنيف الآيات القرآنية والأحاديث النبوية المتصلة بالنشاط الاقتصادي :

قطعت المجموعة شوطاً كبيراً في البرنامج الخاص بتصنيف وفهرسة الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تتناول النشاط الاقتصادي بصفة عامة تمهيداً

للاستفادة منها في مرحلة لاحقة بعد تفسيرها وشرحها .

سابعاً : القوانين الاقتصادية الإسلامية :

قامت المجموعة في إطار سعيها نحو تقنين الاقتصاد الإسلامي تسهيلاً لوضعه محل التطبيق بدعوة عدد كبير من المتخصصين في مختلف جوانب الاقتصاد والشريعة الإسلامية والقانون لإعداد قوانين اقتصادية إسلامية تشكل في مجموعها جوهر وأصول الاقتصاد الإسلامي تناولت الموضوعات التالية : الملكية ، التجارة ، الضرائب ، المالية العامة ، الاستثمار ، التأمين ، الأسواق المالية ، البنوك ، النقود ، العمل ، التكافل الاجتماعي .

ولقد أكملت هذه اللجنة المرحلة الأولى حيث تم إعداد القوانين المذكورة ، وسيتم في مرحلة لاحقة تنقيحها للمرة الأخيرة تمهيداً لصياغتها وإخراجها بشكلها النهائي .

ثامناً : موسوعة الفتاوى الاقصادية بالكمبيوتر :

بدأت المجموعة عملاً ضخماً في تجميع الفتاوى الاقتصادية بمختلف موضوعاتها من مختلف مصادرها وبدأت في فهرستها وتصنيفها لإخراجها في برنامج كمبيوتر سيكون الأول من نوعه بمشيئة الله .

تاسعاً : تقديم المعاملات الإسلامية بوسائل التقنية الحديثة :

تبنت المجموعة فكرة شرح وتوضيح وإخراج فقه المعاملات الإسلامية بوسائل التقنية الحديثة لمواكبة احتياجات العصر واستمالة من تستهويهم هذه الوسائل ، وسوف تخرج قريباً جوانب من فقه المعاملات على شرائح الكمبيوتر وأشرطة الفيديو وكاسيتات التسجيل .

عاشراً : المشاركة في تمويل وتنظيم الندوات التي تستهدف تطوير آليات جديدة وتحقيق أهداف استراتيجية :

قامت المجموعة بدعم وتنظيم وتمويل كثير من الندوات وورش العمل التي تستهدف تطوير نماذج وآليات إسلامية جديدة تسهم في تحقيق أهداف استراتيجية مثل :

١ ـ ندوة نحو سوق إسلامية مشتركة . القاهرة ـ مايو ١٩٩١م.

٢ ـ ندوة الأدوات المالية الإسلامية . الدار البيضاء ـ يوليو ١٩٩١م.

٣ ـ ندوة نحو سوق مالية عربية موحدة حيث قامت بعرض أسس وأدوات السوق المالية الإسلامية . القاهرة ـ أكتوبر ١٩٩٢م.

٤ ـ الندوة الثانية لقضايا الزكاة المعاصرة (الهيئة الشرعية العالمية للزكاة) . القاهرة ـ أكتوبر ١٩٨٨م.

حادي عشر : المساهمات الإيجابية في تأسيس المركز الإعلامي للبنوك الإسلامية ومركز تنسيق البحوث بين البنوك الإسلامية :

تبنت المجموعة بالاشتراك مع البنك الإسلامي للتنمية الخطوات الأولى والأساسية لإنشاء المركز الإعلامي للبنوك الإسلامية ليقوم بدور فعال في التبصير بأنشطة ومجالات عمل المصارف الإسلامية والأسس الفقهية لنشاطها ، وللرد على الحملات الإعلامية التي تستهدف التشكيك فيها والنيل منها ، كذلك كان للمجموعة دور الريادة في الدعوة لتأسيس مركز تنسيق البحوث بين البنوك الإسلامية وصياغة الخطوط الأساسية للمركز .

ثاني عشر : طباعة ونشر كتب الاقتصاد الإسلامي :

تسعى المجموعة إلى إثراء مكتبة الاقتصاد الإسلامي وذلك من خلال منشورات ومطبوعات إدارة التطوير والبحوث ، ومن خلال سلسلة صالح كامل للرسائل

الجامعية في الاقتصاد الإسلامي ومن خلال نشر وقائع وفتاوى ومقررات المؤتمرات والندوات ، وفتاوى هيئات الرقابة الشرعية ، كما أن المجموعة ومن وقت للآخر تتفق مع إحدى المجلات ذات التوزيع الجيد على تمويل أعداد خاصة عن الاقتصاد الإسلامي لتكون مفتوحة لكل الكُتّاب والمؤسسات المالية الإسلامية .

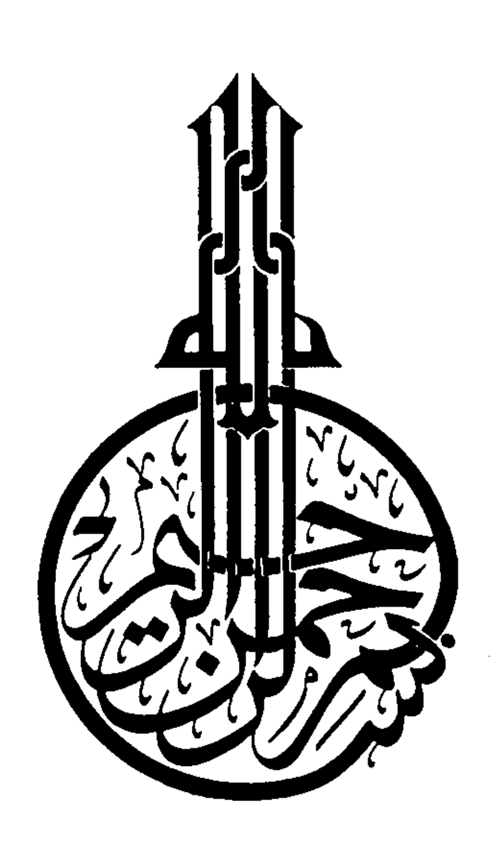
ثالث عشر : تطوير أدوات مالية إسلامية جديدة :

أنشأت المجموعة قسماً خاصاً بتطوير أدوات مالية إسلامية جديدة مهمتها معالجة القصور في هذا المجال الحيوي ، والاستجابة لمتطلبات السوق الاستثمارية ، وقد بدأ القسم وفق خطة عمل مرحلية في إخراج عدد من الأدوات المالية والصناديق الاستثمارية المبتكرة .

والمجموعة تدعو الله أن يبارك لها في مجهوداتها ، وأن يجعل أعمالها هذه خالصة لوجهه ، وأن يجعل ذلك في ميزان حسنات مؤسسيها والعاملين فيها والمتعاملين معها إنه سميع مجيب .

إدارة التطوير والبحوث

الغرر وأثره في العقود
في الفقه الإسلامي


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿يَأَيُّها الَّذين آمنُوا لا تَأْكُلُوا أمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ إلاَّ أَنْ تكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ .

[قرآن كريم]

* * *

روى الثقات عن جمع من الصحابة : أن رسول الله ﷺ نَهَى عن بَيْعِ الغَرَرِ .

[حديث شريف]

* * *

قواعد المعاملات أربع :

* قوله تعالى : ﴿وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُمْ بِالبَاطِلِ﴾ .
* قوله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وحَرَّمَ الرِّبَا﴾ .
* أحاديث الغرر .
* اعتبار المقاصد والمصالح .

[ابن العربي]

بسم الله الرحمن الرحيم

تـصـديـر

من الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور

رئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية حقوق جامعة القاهرة

نحمد الله سبحانه أكمل لنا ديننا، وأتم نعمته علينا، ورضى لنا الإسلام ديناً، ووفقنا إلى أن نكون من جنوده العاملين على خدمة الشرع، والمجاهدين جهد طاقتنا في وقف الناس على تعاليمه، وتبصيرهم بأسراره، وتوجيههم إليه، ونصلي ونسلم على سيدنا محمد عبده ونبيه الذي أخلص لله في طاعته، وبيَّن لعباده ما يحتاجون إليه لإسعاد حياتهم؛ نزولاً على أمر ربه في قوله جل شأنه: ﴿**يأيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك**﴾، ومصداقاً لوصف الله له بقوله: ﴿**وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم**﴾ وهو في كل هذا كما وصفه الله سبحانه بقوله: ﴿**وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى**﴾ صلى الله عليه وعلى آله وصحابته ومن أهتدوا بهديهم، وساروا على منوالهم ومنهاجهم.

أما بعد: فإن شرائع الله سبحانه في كل الأديان السماوية من مظاهر رحمة الله بعباده ولطفه بهم، إذ لم يتركهم سبحانه ينظِّمون حياتهم على مقتضى أفكارهم، وعلى ما تدعو إليه نظريات عقولهم، لأن تلك الأفكار وتلك النظريات كثيراً ما يلتبس فيها الحق بالباطل، نتيجة لتأثرها بالميول والرغبات والأهواء والشهوات، وقد كان من آثار ذلك أن اختلفت وجهات النظر بين المفكرين اختلافاً بعيداً، طالما دعا إلى المشاحنات، وأوقع في الخصومات؛ لأن الأهواء مختلفة ومتباينة، كل يميل إلى ما ينفعه، ويزهد فيما ينفع الآخرين.

فكان من لطف الله بعباده ورحمته بهم أنه لم يكلهم إلى أنفسهم، وإنما تولى إصلاحهم وتوجيههم بميزان الحكمة والعدالة، وعلى مقتضى القسطاس المستقيم الذي لو اهتدوا به، وساروا على نهجه بالدقة، لما وقع بينهم مشاحنة ولا تأرثت فيهم نيران البغضاء والعداوة، والذي يبين ذلك حق البيان أن ننظر إلى حال الناس وهم على غير دين، أو هم ينتسبون إلى الدين ولا يأخذون بتعاليمه وينحرفون عن نهجه السوي، كما كان حال الناس في الجاهلية، وكما صار إليه حال الناس بعد انحرافهم عن دعوة الأديان وتوجيهاتها الرشيدة، وينبه إلى ذلك قول الله سبحانه: **﴿واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا * واذكروا نعمة الله عليكم إذ كنتم أعداء فألف بين قلوبكم فأصبحتم بنعمته إخواناً * وكنتم على شفا حفرة من النار فأنقذكم منها * كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تهتدون﴾**.

قال المفسرون: إن حبل الله هو القرآن الكريم بما أصلح الناس في عقائدهم، ونهج لهم سلوكهم في عباداتهم ومعاملاتهم، فبهذا الكتاب، وباتباع نهجه السوي، وبإحلال حلاله وتحريم حرامه، وبالسير في مشاعل هدايته، تتبدى نعمة الله سبحانه في العاملين به، من ائتلاف قلوبهم، واجتماع كلمتهم، وتجلى العمران في حياتهم؛ ذلك أنه لا يوجه إلا إلى القسطاس المستقيم، ولا يدعو إلا إلى الخير والعدالة، فلله الحمد والمنة على هذه النعمة العظمى التي أنقذ بها العالم من التخبط والاضطراب في شؤون حياتهم، ما داموا ينظرون إلى كتابه نظرة الهداية والأخذ بما فيه بقوة.

وإن الفقه الإسلامي شطر كبير من هداية هذا الكتاب الكريم، فقد أخذ الفقه من القرآن زاوية الأحكام التي تتعلق بأفعال المكلفين، وقد بينها الله في كتابه سبحانه نصّاً أو دلالة، وإن كان لم يستقص جميع جزئيات أفعال العباد، ليحكم عليها، وإنما تناول بعضها بالتنصيص عليه، وتناول بعضها في شيء من الإجمال ترك للرسول بيانه، ثم أمرنا أن نتبع الرسول، وأن نهتدي بهديه فيما يبينه من

الكتاب، وفيما يوحي الله به إليه خارج نطاق الكتاب الكريم، وأمرنا بطاعته وأن نأخذ بما يأتينا به في قوله: **﴿من يطع الرسول فقد أطاع الله﴾** وفي قوله: **﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾**.

وقد نبهنا الله تعالى ورسوله إلى الاجتهاد والقياس فيما يجد من الأمور مما ليس فيه نص من الكتاب أو السنة، واشتهر في هذا المعنى حديث النبي ﷺ مع معاذ بن جبل حينما بعثه إلى اليمن وقال له: «بم تقضي إن عرض لك قضاء؟ فقال: بكتاب الله. فقال: فإن لم تجد؟ قال: فبسنة رسول الله. قال فإن لم تجد؟ قال: أجتهد رأيي وأقيس. فقال: الحمد لله الذي وفق رسولَ رسول الله إلى ما يرضي الله ورسوله».

واعتبر هذا الحديث جامعاً للخطوط الرئيسية في بيان طريق أخذ الأحكام الشرعية، فكل ما يصل إليه الفقيه والمجتهد من الأحكام الشرعية فهو تحت راية القرآن الكريم، وأساسه كتاب الله وسنة رسوله.

* * *

وقد تناول الفقهاء في الأحكام الفقهية أفعال العباد بقسميها، وهما علاقة العبد مع ربه وعلاقته مع غيره من الكائنات، وتتمثل علاقة العبد مع غيره فيما يطلقون عليه اسم المعاملات أو العادات، وقد بحثوها بحثاً دقيقاً يبين قيمة الإسلام في نظرته إلى إقامة الحق والعدالة بين الناس بالصراط السوي، والقسطاس المستقيم، مما يدل دلالة قاطعة على أن هذا الدين دين الله الذي لا يمكن أن يتطرق إليه شك، ولا يجري فيه ريب.

والحق أن الإنسان في عصوره الأولى، منذ عرف حيازة الأشياء، كان يحاول الوصول إليها بكل سبيل يملكه، ولو بالمشاحنة والمقاتلة، ثم ارتقى من ذلك فاهتدى إلى التبادل الفوري للأعيان أو المنافع مع التخبط الذي لم يكن يعصم

الناس من الشحناء والمقاتلة، وإن كان قد خفف منها بعض الشيء، فلما أشرفت الأديان السماوية على عمل الإنسان كانت أكبر موجه إلى تأليف النفوس، بما دفعت إليه من التعاون، واحترام الحقوق، والتزام الوفاء بالعهود بين الناس، وفي القرآن الكريم: ﴿**يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ ﴿**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً**﴾ ويقول النبي ﷺ: «لا إيمان لمن لا أمانة له ولا دين لمن لا عهد له» وفي حديث آخر: «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كان فيه واحدة منهن كان فيه خصلة من خصال النفاق حتى يدعها» وذكر من هذه الأربع قوله: «وإذا عاهد غدر» ولذا عنى الفقهاء بأمر العقود، وتوجيه الناس إلى الدقة في التزام الوفاء بها، مسايرة لاتجاه الشارع الحكيم الذي يهدف دائماً إلى الإبقاء على المودة بين الناس، وتلاقي نفوسهم على الخير، وهذا محال أن يتم إلا في ضوء الوفاء بالعهود وتحقيق الالتزام في جميع العقود.

وهذه ناحية لو أهملت بعض الإهمال لتطرقت الفوضى إلى الناس في معاملاتهم، ثم يتسرب إليهم الاختلاف في نزعاتهم، وعدم التآلف المنشود في الشريعة الإسلامية، ولقد بالغ الشارع في هذه الناحية إلى حد أن جعل خلف الوعد أياً كان نوعه آية من آيات النفاق، واعتبره كبيرة من الكبائر يأثم صاحبه إثماً عظيماً، هذا لما تحدثه من ثغرات في المجتمع، وتعرض كيانه لزلازل الارتباك، وتكون من عوامل الضعف والهلاك.

* * *

والفقهاء يرون أن العقود أسباب جعلية شرعية للأحكام، بمعنى أن العاقد بإرادته يكوّن العقد، أما الحكم المتعلق به كنقل ملكية المبيع من حيز إلى حيز فهو من جعل الشارع وترتيبه، وليس نتيجة حتمية لإرادة المتعاقدين وحدها، فالله تعالى جعل العقد سبباً للحكم، وطريقاً يصل بسالكه إلى ما رتبه الشارع على سلوكه من نتائج والتزامات، وعلى هذا فالربط بين السبب والمسبب تمّ بصنع الله وإرادته،

وهذا حتى لا يبغي بعض الناس على بعض، نتيجة رغباتهم المختلفة التي قد تؤدي إلى الغبن أو الغرر أو التنازع والضغينة.

ولهذا فقد وضع الشارع حدوداً لما يشترطه الناس في عقودهم، إن التزموها كانت العقود صحيحة والشروط ملزمة باتفاق الفقهاء، وإذا تجاوزوها كانت لاغية، وقد تؤثر على العقد نفسه فتبطله، والفقهاء مختلفون في فهم الحدود التي وضعها الشارع، وقد اختلفوا فيما يعتبر شرطاً صحيحاً أو غير صحيح، تبعاً لتفاوتهم في فهم حد الشارع.

ومهما يكن فإنه لا خلاف بين الفقهاء في أن ما يخل بشأن العقد من ناحية إيصاله إلى مقاصد العقود الشرعية محظور شرعاً، وإن اختلفوا في تصور الإخلال، وما يتحقق به ذلك الإخلال.

* * *

والغرر في أصل معناه اللغوي الخطر، ويقال غرر بنفسه وبماله عرضهما للهلكة، فالغرر تعريض المرء نفسه أو ماله للهلاك، وبحث الفقهاء في غرر العقود يدور حول هذا المعنى، وإن اختلفت عباراتهم واتجاهاتهم في تحديده، إلا أنه مع هذا ليس كل غرر مؤثراً في صحة العقد عند الجميع، والمؤثر اتفاقاً هو الغرر الكثير في عقود المعاوضات المالية، إذا كان في المعقود عليه أصالة، ولم تكن هناك حاجة تدفع إلى إعمال هذا العقد بما فيه من غرر.

وإذا كان الغرر على هذا الوجه كانت فيه مفسدة تدعو إلى حكم الشارع بحظره وتحريمه، وهو المقصود بما روى أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر، وقد بينت السنة النبوية بعض جزئيات من هذا الغرر نص الفقهاء على فساد البيع فيها، وذكروا جزئيات أخرى تشترك معها في العلة فقاسوها عليها وحكموا بالفساد، لتحقق العلة فيها، فقد نهى النبي عن بيع ما في ضروع الماشية قبل أن تحلب، وعن الجنين في بطون الأنعام، وعن بيع السمك في الماء، وعن المضامين وعن الملاقيح، وعن حبل الحبلة، وروى عبد الله بن مسعود عن

الرسول ﷺ أنه قال: «لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر».

ومع ذلك فقد اختلفت نظرات الفقهاء في بعض جهات الغرر، وتطبيقها على بعض العقود، على أنهم تناولوها في أبواب كثيرة جعلت مسائل الغرر مبعثرة غير مجتمعة، أحوج ما يكون طلاب الفقه إلى جمعها، ولمّ شتاتها، فمست الحاجة إلى هذا النمط من الدرس الفقهي والبحث التشريعي، وكان هذا مما لفت نظر صاحب هذه الرسالة، فشمر عن ساعد الجد وجال بنظره في كتب الفقه مختلفة المذاهب والأساليب، وجمع من بينها بأسلوبه ما حقق به هذه النظرية، وأوصل به إلى أذهان القراء قواعدها وفروعها وأدلتها لكل فريق من الفقهاء على ما ذهب إليه، فبدأ يعرف بالغرر ويورد بعض ما جاء فيه من نصوص في الكتاب والسنة، وبين الفرق بين الغرر والغرور والتغرير، وما إلى ذلك مما يشتبه به، على أنه عقد باباً خاصاً للنصوص الواردة وتفسيرها فيما وصل إليه من كتب الأئمة، ثم بين أثر الغرر في عقد البيع بخاصة، وغيره من عقود المعاوضات كذلك، كما بين أثره في عقود التبرعات، وفي عقود أخرى، كما تعرض لبيان أثر الغرر في الشروط، ثم صور الغرر المؤثر والغرر غير المؤثر تصويراً بيناً يلقى ضوءاً واضحاً على نظرة الفقه الإسلامي فيما يفسد العقود من الغرر وما لا يفسدها.

وقد حاول المؤلف جهد طاقته أن يجول في مذاهب الفقه الإسلامي، ليعرض اتجاهات الفقهاء في كل هذا، ويقارن بينها، ويخرج بنتيجة تلقي ضوءاً بيناً على شخصيته ومقدار تأثره بدراسة الفقه الإسلامي، وحاول مع هذا مقارنة الآراء الفقهية أو بعضها بالاتجاهات القانونية في موضوع الغرر وبذل في كل ذلك مجهوداً مشكوراً ينبيء عن سعة إطلاع وقدرة على الفهم والاستنباط وتهيء لدراسة الموضوعات الفقهية والوصول فيها إلى نتائج مثمرة.

والمتوفر على دراسة هذه الرسالة يخرج منها لا محالة بثروة فقهية طائلة في هذا الموضوع ويشعر بأنه يعيش مع شخصية تتصف بالفهم والدقة والأمانة،

والتهيء لعرض ما يريد أن يمارسه من مسائل الفقه أو التشريع عرضاً نافعاً مثمراً يضيف به إلى مكتبة الفقه الإسلامي جديداً نافعاً في فهمه وبحثه.

ولقد يلفت نظر القارىء أن لهذا المؤلف عناية خاصة وجهداً مشكوراً في إيراد الأحاديث النبوية، وتتبعها والبحث عنها في دفائن كتب الأحاديث بحثاً ملموساً في هذا العرض المشكور، الذي لا نبالغ إذا قلنا إنه كالمنفرد به من بين واضعي الرسائل، فهو يبين مظان الأحاديث ومخرجيها مهما تعددوا وبهذا يستحق مزيد شكر وتقدير على تلك العناية التي زادت قيمة رسالته، وأوسعت دائرة الانتفاع بكتابته، ولعلي لا أكون مثنياً على نفسي إذا قلت إنه كان لي أثر في توجيهه إلى هاته الناحية خاصة وإلى ناحية أخرى هي الترجمة للأعلام الذين ورد ذكرهم بالبحث، وقد استجاب مشكوراً إلى تحقيق الأولى ولم يسعفه الوقت إلى تحقيق الناحية الثانية في هذه الطبعة، فهاتان الناحيتان يعجبني أن يعني بهما جميع المؤلفين وكتاب الرسائل، لما لهما من أثر في تحقيق العلم مع توسيع دائرة الثقافة الإسلامية، وقد كان ذلك من رأيي أيضاً في توجيه غيره ولكن أحداً لم يحرص ذلك الحرص، ولم يدقق تلك الدقة في تخريج الأحاديث التي يلمسها القارىء لهذه الرسالة، ويشعر بها أثناء سيره مع المؤلف في دراسة هذا الموضوع.

وأخيراً فليس معنى هذا كله أن هذا المؤلف وقد أخرج به صاحبه نظرية جديدة جديرة بالاعتبار والتقدير، خلا من كل عيب، وتجرد من كل نقص ومأخذ، ومن منا تسلم كتابته من الزلل، فالكمال لله وحده، وطالما ردد الناس في أمثالهم: لكل جواد كبوة، ولكل عالم هفوة، فإذا ما وقف القارىء على بعض الهفوات — ولا أظنها إلا يسيرة إذا ما قيست بما في الرسالة من حسنات — فليغفرها له، مؤثراً النظرات إلى ما وجهنا إليه قراء ذلك المؤلَّف من نواحي الإحسان، وجهات التدقيق وما يبدو فيها من جهد جهيد وإخلاص شديد. إن الحسنات يذهبن السيئات.

ولا يفوتني قبل أن أختتم حديثي عن تقدير هذا المؤلف أنني أود أن يشعر

القارىء بأن المؤلِّف رجل ذو طموح وتطلع إلى السير في مدارج السمو العلمي، فهو لا يحفزه إلى ذلك الجهاد الشاق للحصول على شهادة الدكتوراه معنى أكثر من شدة الرغبة في تحصيل العلم ومزاولة البحث؛ لأنه يعمل مدرساً بكلية حقوق جامعة الخرطوم منذ أمد ويسند إليه رئاسة قسم الشريعة بها، فالدافع له إنما هو اتجاه علمي خالص.

ولقد أعجبني ما لمسته فيه أثناء إشرافي عليه في تحضير هذه الرسالة من تواضع العلماء، وسمت المؤمنين مع أدب وحياء يزيده سمواً ومكانة، ويكون عوناً له على أن يستزيد مما هو بسبيله من العلم والمعرفة، فقد كان معي مهذباً ليناً، يعرض وجهته إن كانت له وجهة مخالفة في أدب وحياء وفي صورة استفسار وتفهم، فإذا ناقشته ولم يقتنع يعاود مناقشته في جلسة ثانية حتى يستوثق ويقتنع أو يقف عند رأيه واعداً بإعادة النظر ليتخلص في أدب، واختلاف الرأي من طبيعة البشر ولكل وجهة.

وفقنا الله وإياه وكل باحث إلى ما ينفع الناس في دينهم ودنياهم.

وأكرر هنا ما ختمت به مناقشة رسالته هذه عند تقديرها والحكم عليها يوم الاثنين ١٢ شوال سنة ١٣٨٦ الموافق ٢٣ يناير سنة ١٩٦٧ بمبنى كلية حقوق القاهرة من أني أرجو الله تبارك وتعالى أن ينفعه في حياته بالفقه الإسلامي وأن ينفع الفقه الإسلامي به، فما أحوج العالم الإسلامي إلى العلماء العاملين على إظهار ما فيه من كنوز علمية ونظريات قانونية ومرونة وسعة لأن تطبق أحكامه في جميع العصور ومختلف البقاع الإسلامية. إن ربي لسميع مجيب.

محمد سلام مدكور

حدائق الزيتون في ١٣ شوال سنة ١٣٨٦هـ

٢٤ يناير سنة ١٩٦٧م

مقدمة الرسالة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبين، وعلى سائر الأنبياء والمرسلين، وبعد:

فقد لفت نظري في أثناء دراستي للمعاملات الشرعية، وتدريسي لها في كلية الحقوق بجامعة الخرطوم، تكرار كلمة الغرر في أبواب الفقه المختلفة، فأوليتها بعض العناية والاهتمام، ووددت لو تيسر لي دراسة أحكام الغرر دراسة شاملة؛ لما لاحظته في هذا الموضوع من الأهمية، ثم شاء الله أن ألتحق بمعهد الشريعة بكلية الحقوق بجامعة القاهرة، وتتاح لي الفرصة لتسجيل رسالة أنال بها الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، فعرضت على أستاذي الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور رئيس قسم الشريعة، أن يكون موضوع رسالتي: «الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي»، فوافق مشكوراً، وقد أفدت من علمه وخبرته ما مكنني من وضع مخطط كامل للرسالة، عرض على مجلس الكلية فوافق عليه، وأسند الإشراف إلى الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور، وإني لأرجو أن أوفق إلى السير في الطريق الذي رسمته، وإخراج الرسالة على الوجه المرضي.

وهدفي من هذا البحث أن أجمع ما ورد عن الغرر في الفقه الإسلامي، وأدرسه دراسة تاريخية مقارنة؛ ابتغاء الوصول إلى وضع نظرية واضحة عن الغرر.

وقد دفعني إلى اختيار هذا الموضوع أمران:

أحدهما: أنْ أسباب فساد العقود يرجع أكثرها إلى الغرر، ومع هذا فإن

مسائل الغرر ظلت منثورة في أبواب الفقه المتعددة، لم يهتم العلماء بجمع شتاتها في كتاب، وقلما تجد في كتب الفقه على كثرتها بابا للغرر[١]، فأردت أن أسد هذا النقص، فأجمع ما تناثر من مسائل الغرر في هذه الرسالة، حتى يسهل على الباحث الحصول على طلبته في هذا الموضوع البالغ الأهمية.

ثانيهما: أن أكثر رسائل الدكتوراه في الشريعة الإسلامية[٢] تناولت موضوعات قانونية، بقصد المقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، ولبيان أن الفقه الإسلامي فيه من النظريات ما لا يقل عن نظريات القانون الوضعي ــ إن لم يفقها ــ في جودتها وسموها، وهذا جانب هام من غير شك، أدى الباحثون فيه واجبهم على خير وجه، ولكن هناك جانب آخر لا يقل أهمية عن الجانب الأول، هو أن في الفقه الإسلامي من النظريات الكبرى ما يختلف فيها اختلافاً أساسياً عن القانون الوضعي، كنظرية الربا، ونظرية الغرر، التي نحن بصدد الكتابة عنها، والتي قوامها حديث النهي عن بيع الغرر الذي قال الإمام النووي: إنه أصل عظيم من أصول كتاب البيوع تدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة[٣].

---

(١) من الفقهاء الذين بوبوا للغرر ابن رشد الجد، فقد كتب باباً في الغرر في كتابه المقدمات المهدات ٢: ٢٢١ ــ ٢٣١، وتبعه حفيده فكتب باباً عن «البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر» في كتابه بداية المجتهد ٢: ١٤٨ ــ ١٦٥، وكتب ابن تيمية فصلاً بعنوان «القاعدة الثانية في المعاقد حلالها وحرامها» في كتابه «القواعد النورانية الفقهية» ص ١١٥ ــ ١٨٤، تناول فيه الكثير من مسائل الغرر، ولعل هؤلاء الفقهاء الثلاثة هم أكثر من كتبوا عن الغرر كتابة مستقلة من الفقهاء المتقدمين.

ومن المعاصرين الذين كتبوا عن الغرر الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الجزء الثالث من كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي، والسيد عبد الله محمد بن جبير في رسالته «الغرر في محل الالتزام التعاقدي»، وهي مطبوعة على الآلة الكاتبة.

(٢) أقصد الرسائل الخاصة بالمعاملات ــ القانون المدني والتجاري.

(٣) النووي على مسلم ١٠: ١٥٦.

وإذا كان الربا قد نال عناية الكثيرين من الباحثين؛ فإن الغرر لم ينل ما يتسحقه من الاهتمام والعناية، مع أن أثره في العقود أوسع من أثر الربا.

ولما كانت الدعوة للرجوع إلى الفقه الإسلامي، وجعله أساساً للتشريع في البلاد الإسلامية، تتطلب العناية بالجانبين، الجانب الموافق للقانون، والجانب المخالف له ــ على حد سواء ــ فقد اخترت الغرر موضوعاً لرسالتي، عسى أن يجد فيه المشرعون مادة، أو فكرة جديدة، تساعد في وضع القانون الإسلامي الذي يدعو إليه كل من درس أصول التشريع الإسلامي وفروعه، وتبين منها ما تمتاز به مصادر الشريعة الإسلامية من المرونة التي تجعلها صالحة للتطبيق، ومسايرة الحضارات الحقة في كل مكان وزمان[١]، وإنا لنأمل أن تجد هذه الدعوة المخلصة استجابة من أولى الأمر في البلاد الإسلامية، فيحتل قانوننا الإسلامي المكان اللائق به قريباً، إن شاء الله.

خطة البحث

سأتبع في دراستي لهذا الموضوع الخطة الآتية:

أفتتح الرسالة بتمهيد أتعرض فيه بصفة إجمالية لمبدأ سلطان الإرادة في العقود، والقيود التي تحد منه، ومكان الغرر من تلك القيود.

ثم أقسم الموضوع أربعة أقسام:

أبحث في القسم الأول تعريف الغرر، والنصوص الواردة في الغرر.

وأبحث في القسم الثاني أثر الغرر في العقود والشروط، وسأجعل هذا القسم ثلاثة أبواب:

أخصص الباب الأول لأثر الغرر في عقد البيع، والباب الثاني لأثر الغرر في

---

(١) انظر المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ١٢ ــ ٢٨

العقود الأخرى، والباب الثالث لأثر الغرر في الشروط، وسيكون هذا القسم عبارة عن عرض لمسائل الغرر بطريقة تسهل الرجوع إليها، وذلك بوضع أصول للغرر يرد إلى كل أصل منها ما تناثر من فروعه، وسأبدأ في كل مسألة بذكر النصوص الواردة فيها من الأحاديث، وأستنبط الحكم الذي يستفاد منها، بعد تحقيقها تحقيقاً وافياً، ثم أعرض بعد ذلك آراء الفقهاء في المسألة، وسأحاول أن أستقصي، بقدر الإمكان، أقوال الصحابة والتابعين، وآراء المذاهب الثمانية[1] في المسائل الكلية، وفي كل مسألة جزئية ذات أهمية عملية، وقد أفعل ذلك في بعض المسائل التي ليست لها أهمية من الناحية العملية، ولكنها تجلو لنا حقيقة تاريخية، كبيع الملامسة، أو توصلنا إلى استخلاص قاعدة كلية كبيع الآبق؛ فإن استقصاء الآراء المختلفة في هذا الموضوع الغرض منه الوصول إلى تحقيق شرط القدرة على التسليم، وسأكتفي ببيان بعض المذاهب في المسائل الأخرى.

أما القسم الثالث فسيكون استنتاجاً مما عرضته في القسمين السابقين، أحاول أن أصل فيه إلى ضوابط للغرر المؤثر والغرر غير المؤثر.

وفي القسم الرابع والأخير أطبق ما توصلت إليه على بعض عقود الغرر، فأتحدث عن عقود الغرر في التقنين المصري، وحكم الشريعة الإسلامية فيها.

وأختم الرسالة بخاتمة أجمل فيها أهم ما ورد في البحث.

والله أسأل أن يذلل لي الصعاب، ويجنبني مواطن الزلل، ويوفقني إلى بلوغ ما أردت، وهو حسبي ونعم الوكيل.

وأود وأنا أقدم هذه الرسالة أن أتوجه بخالص الشكر إلى أستاذي المشرف الدكتور محمد سلام مدكور أستاذ الشريعة الإسلامية بجامعة القاهرة على الجهد

(١) مذهب الحنيفة، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والإمامية، والزيدية، والإباضية، والظاهرية.

العظيم الذي بذله في قراءة هذه الرسالة، والتوجيهات القيمة التي كانت لي خير معين على إنجاز هذا العمل، ولا أنسى الساعات التي كان يخصني بها أستاذي المشرف، فكثيراً ما آثرني بوقت راحته، الذي هو في أمس الحاجة إليه؛ لما يقوم به من مهام علمية واجتماعية جسام، كما أني لا أنسى طريقته في التوجيه والإرشاد، وسعة صدره للمناقشة، فله مني كل تقدير وإجلال.

الصديق محمد الأمين الضرير

تـمـهـيـد

مبدأ سلطان الإرادة في العقود ومـكـان الغـرر مـنـه

يراد بسلطان الإرادة قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود، وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعة للعقد، فهذا المبدأ يندرج تحته نقطتان:

إحداهما: هل للعاقدين مطلق الحرية في إنشاء ما يريدان من عقد، ولو لم يكن ذلك العقد من العقود المنصوص على جوازها؟ أو بتعبير آخر: هل الأصل في العقود الحظر، أو الإباحة؟

ثانيتهما: هل يستطيع المتعاقدان أن يغيرا في الآثار المعروفة للعقود المسماة، فيشترطان في العقد ما يشاءان؟ أو بتعبير آخر: هل الأصل في الشروط الحظر، أو الإباحة؟

وسأتكلم عن المبدإ في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: سلطان الإرادة في القرآن والسنة.

المبحث الثاني: آراء الفقهاء في سلطان الإرادة.

المبحث الثالث: سلطان الإرادة في القانون.

المبحث الأول

مبدأ سلطان الإرادة في القرآن والسنَّة

سلطان الإرادة، أو حرية التعاقد من المبادىء الأساسية التي تقوم عليها المعاملات بين الأفراد، فلا بد إذاً من أن تتعرض له نصوص القرآن والسنة، فقد بينه الله في كتابه في ثلاث آيات:

الأولى قوله تعالى في سورة البقرة: ﴿**وأحلَّ الله البيع وحرَّم الربا**﴾[1].

والثانية قوله تعالى في سورة النساء: ﴿**يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[2].

والثالثة قوله تعالى في سورة المائدة: ﴿**يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾[3].

فالآية الأولى تدل على حكمين: الأول حل البيع، والثاني تحريم الربا، فكل ما يصدق عليه كلمة بيع فهو جائز بمقتضى عموم هذه الآية، وكل معاملة يدخلها الربا فهي حرام بمقتضى عموم هذه الآية أيضاً، فعلى هذا يكون كل بيع حلالاً إلا ما كان فيه ربا.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) سورة المائدة: الآية ١.

يقول الشافعي: «فأصل البيوع كلها مباح إذا كان برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله ﷺ منها، وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله ﷺ محرم بإذنه داخل في المعنى المنهي عنه، وما فارق ذلك أبحناه بما وصفنا من إباحة البيع في كتاب الله[١].

ويقول ابن حزم: «البيع كله حلال إلا بيعاً منع منه نص قرآن أو سنة»[٢].

وتدل الآية الثانية، آية النساء، على حكمين أيضاً:

الحكم الأول: تحريم أكل المال بالباطل[٣].

فكل تصرف يؤدي إلى أكل المال بالباطل فهو منهي عنه بنص هذه الآية، وهو نص قطعي في الدلالة على هذا المعنى، غير أن الآية ليس فيها تعيين لمعنى الباطل، وقد فسر أكثر المفسرين الباطل بما نهى الشارع عنه.

فالطبري يقول: «أكل المال بالباطل هو أكله من غير الوجه الذي أباحه الله لآكليه»[٤].

والجصاص يقول: «وأكل مال الغير بالباطل قد قيل فيه وجهان:

أحدهما: ما قاله السدي: وهو أن يأكله بالربا والبخس والظلم.

والثاني: ما قاله ابن عباس والحسن: أن يأكله بغير عوض[٥]».

(١) الأم ٣ :٢، المعاني التي ذكرها الشافعي يؤخذ بعضها من هذه الآية وبعضها من الآية الثانية.
(٢) المحلى ٨:٤٠٥.
(٣) النهي يشمل أكل الإنسان مال غيره ومال نفسه بالباطل، وأكله مال نفسه بالباطل إنفاقه في المعاصي، الجصاص ٢:٢٠٩، وانظر الآيات الأخرى التي تنهى عن أكل المال بالباطل في أول الباب الثاني من القسم الأول.
(٤) تفسير الطبري ٣:٥٤٩.
(٥) أحكام القرآن للجصاص ٢:٢٠٩.

وهذا الوجه الثاني غير واضح عندي؛ لأن أكل المال بغير عوض إن كان عن طيب نفس فهو حلال بنص القرآن: «فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً»[١] فلا يدخل في أكل المال بالباطل.

وفسر الزمخشري الباطل بما لم تبحه الشريعة من نحو السرقة، والخيانة، والغصب، والقمار، وعقود الربا[٢].

ويقول القرطبي: من أخذ مال غيره لا على وجه إذن الشرع فقد أكله بالباطل، ويدخل فيه القمار، والخداع، والغصوب، وجحد الحقوق، وما لا تطيب به نفس مالكه، أو حرمته الشريعة وإن طابت به نفس مالكه، كمهر البغي، وحلوان الكاهن، وأثمان الخمور والخنازير.

ومنه أن يقضي القاضي لك وأنت تعلم أنك مبطل، فالحرام لا يصير حلالاً بقضاء القاضي[٣].

وفسر البيضاوي الباطل بما لم يبحه الشرع كالغصب والربا والقمار[٤].

ولم يرتض الشيخ محمد عبده هذا التفسير لأن فيه إحالة للشيء على نفسه فقد جاء في تفسير المنار: قال الأستاذ الإمام:

«فسر الجلال وغيره الباطل بالمحرم، وهو إحالة للشيء على نفسه، فإن الله حرم الباطل بهذه الآية، فقولهم إن الباطل هو المحرم يجعل حاصل معنى الآية: إني جعلت المال المحرم محرماً.

والصواب أن الباطل ما يقابل الحق ويضاده، والكتاب يطلق الألفاظ كالحق

(١) سورة النساء: الآية ٤.
(٢) الكشاف ١:٥٠٢.
(٣) الجامع لأحكام القرآن ٢:٣٣٨.
(٤) أنوار التنزيل وأسرار التأويل:٨٥.

والمعروف والحسنات والصالحات، وما يقابلها وهو الباطل والمنكر والسيئات، ويكلَ فهمها إلى أهل الفطرة السليمة من العارفين باللغة»[١].

وجاء في موضع آخر من نفس التفسير: «إن الباطل هو ما لم يكن في مقابلة شيء حقيقي»[٢].

وفي موضع ثالث: «أجمل القرآن وأوجز في الباطل لأنه من الأمور المعروفة للناس بوجوهه الكثيرة، وحسب المسلم أن يكف عن كل ما يعتقد أنه باطل، على أنه بين هذا الإجمال في أمور قد تخفى على الناس، كالإدلاء إلى الحكام، وكتحريم الربا»[٣].

ومما لا نزاع فيه أن كل ما نص الشارع على تحريم أكله فهو من الباطل، فمما نص عليه في القرآن الميسر والربا، ومما نص عليه في السنة بيع الغرر، كما أن هناك أشياء من الباطل لم ينص الشارع عليها، وترك تعيينها إلى أهل الفطر السليمة من المسلمين، فما رأوه منها باطلاً كان منهياً عنه بهذه الآية، فكل معاملة اتفق على أن فيها أكلاً للمال بالباطل يصح أن يحتج على عدم جوازها بهذه الآية، أما المعاملات المختلف في كونها من أكل المال بالباطل فلا تصلح هذه الآية دليلاً على النهي عنها، حتى يثبت بدليل آخر أنها من الباطل.

يقول القرطبي: «وهذه الآية متمسك كل مؤالف ومخالف في حكم يدعونه لأنفسهم بأنه لا يجوز، فجوابه أن يقال له: لا يسلم أنه باطل حتى تبينه بالدليل، وحينئذ يدخل في هذا العموم، فهي دليل على أن الباطل في المعاملات لا يجوز، وليس فيها تعيين للباطل[٤]:

---

(١) تفسير المنار ٥: ٤١.

(٢) المصدر السابق ٢: ١٨٩.

(٣) المصدر السابق ٢: ١٩٠، وانظر أيضاً ٢: ١٩٣.

(٤) تفسير القرطبي ٢: ٣٣٩.

والحكم الثاني: جواز كل تجارة تراضى عليها المتعاقدان.

والتجارة هي المعاوضة، فالآية دليل على جواز جميع عقود المعاوضات التي يطلب بها الربح من بيع وإجارة وغيرها، ما دام الرضا من المتعاقدين متحققاً، بشرط ألا يكون فيها أكل للمال بالباطل[١].

فهذه الآية أعم من الآية الأولى في جزأيها، فالتجارة أعم من البيع، والباطل أعم من الربا، وفي هذه الآية حكمٌ زائد على ما في الآية الأولى هو بيان أن مدار حل التجارة على تراضي المتعاقدين.

أما الآية الثالثة ــ آية المائدة ــ فإنها تدل على حكم واحد هو وجوب الوفاء بالعقود، وكلمة العقود تشمل كل ما يصدق عليه اسم عقد، من بيع، وإجارة وشركة، وكفالة، وزواج، وشرط[٢]، وغيرها من العقود التي كانت معروفة وقت نزول هذه الآية، والتي حدثت بعدها، والتي ستحدث في المستقبل، وأمر الله بالوفاء بالعقود دليل على جوازها؛ لأن الله لا يأمرنا بالوفاء بما لا يجوز الإقدام عليه.

فالحكم الذي في هذه الآية أعم من الحكم الأول الذي في الآيتين السابقتين؛ لأن كلمة عقود تشمل البيع والتجارة وغيرهما.

يقول أبو بكر الجصاص: «واقتضى قوله تعالى: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾ الوفاء بعقود البياعات، والإجارات، والنكاحات، وجميع ما يتناوله اسم العقد، فمتى

---

(١) القرطبي ٥: ١٥١ ــ ١٥٢، والجصاص ٢: ٢١٠ و ٢١٢. يقول الجصاص: «والآية عموم في إطلاق سائر التجاراة وإباحاتها وهو كقوله: «وأحل الله البيع» في اقتضاء عمومه سائر البيوع إلا ما خصه التحريم إلا أن اسم التجارات أعم من اسم البيع».

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص ٢: ٣٥٨ و ٣٦٠ و ٣٦١. وقد عرف الجصاص العقد بأنه: «ما يعقده على أمر يفعله هو؛ أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه...»، ثم قال: «وكل شرط شرطه الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد...».

اختلفنا في جواز عقد أو فساده صح الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات والإجارات والبيوع وغيرها»[١].

وهذا العموم مخصص بما في الآية السابقة من انتفاء الأكل بالباطل، فالقرآن يفسر بعضه بعضاً.

وفي القرآن آيات كثيرة في معنى هذه الآية، وهي الآيات التي تأمر بالوفاء بالعهود، وتمدح الموفين بالعهد، وتذم مخلفي الوعد والعهد، منها قوله تعالى:

﴿. . . **وبعهد الله أوفوا**﴾[٢] وقوله: ﴿**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً**﴾[٣]. وقوله: ﴿**وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم**. . .﴾[٤]. وقوله: ﴿. . . **والذين هم لأماناتهم وعهدهم راعون**﴾[٥]. وقوله: ﴿. . . **والموفون بعهدهم إذا عاهدوا**. . .﴾[٦]. وقوله في صفة المشركين: ﴿**لا يرقبون في مؤمن إلاً ولا ذمة**﴾[٧]. وقوله في صفة الفاسقين: ﴿**الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه**. . .﴾[٨].

والأحاديث في هذا المعنى كثيرة أيضاً، منها ما في البخاري عن عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا ائتمن خان، وإذا حدث كذب،

(١) أحكام القرآن للجصاص ٢: ٣٦٢.
(٢) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.
(٣) سورة الإسراء: الآية ٣٤.
(٤) سورة النحل: الآية ٩١.
(٥) سورة المؤمنون: الآية ٨، سورة المعارج: الآية ٣٢.
(٦) سورة البقرة: الآية ١٧٧.
(٧) سورة التوبة: الآية ١٠، والإل: القرابة. والذمة: العهد.
(٨) سورة البقرة: الآية ٢٧.

وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر»[١].

ومنها ما في البخاري أيضاً عن عقبة بن عامر قال: قال رسول الله ﷺ: أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج[٢]. فهذا الحديث دليل على وجوب الوفاء بالشروط عامة، وعلى أن الشروط في الزواج أحقها بالوفاء.

وفي آثار الصحابة ما يوافق الآيات والأحاديث، فقد روى عن عمر بن الخطاب قوله: «إن مقاطع الحقوق عند الشروط ولك ما شرطت»[٣].

ما يستفاد من مجموع النصوص:

القاعدة العامة التي تستخلص من أصلي التشريع ــ الكتاب والسنة ــ هي أن **الأصل في العقود والشروط الإباحة، إذا كانت برضا المتعاقدين، إلا ما دل دليل على منعه.**

• • •

(١) صحيح البخاري ١: ١٦.
(٢) صحيح البخاري ٣: ١٩٠.
(٣) صحيح البخاري ٣: ١٩٠، والقواعد النورانية الفقهيةص ٢٠٠، وقريب من قول عمر قول القاسم بن محمد عندما سئل عن العمرى: «ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وما أعطوا». المنتقى على الموطأ ٦: ١٣٣.

المبحث الثاني

آراء الفقهاء في سلطان الإرادة[1]

للفقهاء اتجاهات مختلفة في تقرير مبدإ سلطان الإرادة، أوضحها اتجاهان:

الأول: يتفق مع ما استنبطناه من نصوص القران والسنة.

والثاني: عكسه تماماً فهو يقرر: أن الأصل في العقود والشروط الحظر إلا ما دل دليل على جوازه.

وبين هذين الاتجاهين اتجاهات أخرى، يميل بعضها إلى الاتجاه الأول وبعضها إلى الاتجاه الثاني.

وسأكتفي ببيان الاتجاهين المحددين، وهما اتجاه ابن تيمية، واتجاه ابن حزم.

الاتجاه الأول: اتجاه ابن تيمية.

«الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا

(١) انظر في هذا الموضوع المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٥٦٥ و٦٤٢، ونظرية الإباحة له أيضاً ص ٥٠ ــ ٥٣ و ٤٤٧، وأحكام المعاملات للأستاذ الخفيف ص ٢٣٩ ــ ٢٥٢، ومبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي للدكتور محمد زكي عبد البر.

ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً، أو قياساً».

هكذا يقرر ابن تيمية هذا الاتجاه، وهو زعيمه وناصره، ولعله أول[1] من أهتم به، وأقام الأدلة على صحته وفند أدلة الاتجاه المخالف له، ولهذا سألخص ما قاله في هذا الموضوع.

أدلته:

استدل ابن تيمية على رأيه بالكتاب والسنة والاعتبار.

أما الكتاب والسنة فقد أورد ما ذكرناه من الآيات والأحاديث وغيرها مما هو في معناها[2] ثم قال:

فقد جاء الكتاب والسنة بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود، وبأداء الأمانة ورعاية ذلك، والنهي عن الغدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك.

ولو كان الأصل فيها الحظر والفساد إلا ما أباحه الشرع لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً ويذم من نقضها وغدر مطلقاً،... وإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأموراً به علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى للتصحيح إلا ما ترتب

(١) لم أرَ لمن تقدم ابن تيمية من الفقهاء تأييداً صريحاً لهذا الاتجاه، غير ما نقلته عن الجصاص في تفسيره لقوله تعالى: ﴿يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾، وهو قوله: «فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساده صح الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ لاقتضاء عمومه جواز جميعها من الكفالات، والإجارات والبيوع وغيرها» فهذه العبارة تدل على أن قائلها يرى أن الأصل في العقود الجواز. أحكام القرآن ٢: ٣٦٢.

ويرى ابن تيمية أن أصول أحمد المنصوصة عنه تتجه هذا الاتجاه، وأن مالكاًقريب منه، القواعد النورانية الفقهية ص ١٨٨، وقد ذكر ابن حزم هذا الاتجاه ورد أدلته ولكنه لم ينسبه إلى أحد. انظر الإحكام في أصول الأحكام ٥: ٦ وما بعدها.

(٢) القواعد النورانية ص ١٩٢ ــ ١٩٧.

عليه أثره، وحصل به مقصوده،ومقصود العقد هو الوفاء به،فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة. . .

وأما الاعتبار فمن وجوه:

١ ــ العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى: ﴿**وقد فصَّل لكم ما حرَّم عليكم**﴾[1] عام في الأعيان والأفعال، وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، وكانت صحيحة.

٢ ــ ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما يثبت حله بعينه، وانتفاء دليل التحريم، دليل على عدم التحريم، فيثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم ، فيكون فعلها إما حلالاً، وإما عفواً كالأعيان التي لم تحرم.

وغالب ما يستدل به على أن الأصل في الأعيان عدم التحريم من النصوص العامة، والأقيسة الصحيحة، والاستصحاب العقلي، وانتفاء الحكم لانتفاء دليله، فإنه يستدل به على عدم تحريم العقود والشروط فيها. . . فإنَ ما ذكره الله في القرآن من ذم الكفار على التحريم بغير شرع، منه ما سببه تحريم الأعيان، ومنه ما سببه تحريم الأفعال. . . فإذا حرمنا العقود والشروط التي تجري بين الناس في معاملاتهم العادية بغير دليل شرعي كنا محرمين ما لم يحرمه الله.

٣ ــ الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد، لأن الله قال في كتابه العزيز: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾[2]، وقال: ﴿**فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً**﴾[3] فعلق

(١) سورة الأنعام: الآية ١١٩.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) سورة النساء: الآية ٤.

جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب، فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم، وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق، فكذلك سائر التبرعات قياساً عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن. وكذلك قوله تعالى: ﴿**إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم**﴾ لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة، أو طابت نفس المتبرع بتبرع ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله كالتجارة في الخمر ونحو ذلك[1].

الاتجاه الثاني: اتجاه ابن حزم.

ذهب بعض الفقهاء إلى أن الأصل في العقود والشروط المنع إلا ما ورد نص بجوازه، ومعنى هذا أن الإرادة لا سلطان لها في إنشاء العقود ولا في تحديد آثارها، فهي لا تستطيع أن تنشيء عقداً أو تشترط شرطاً لم يرد به نص .

ولم أر أحداً من الفقهاء قال بهذا الرأي صراحة غير ابن حزم[2]، وسأذكر خلاصة رأيه، وما قاله في تأييده.

كتب ابن حزم في كتاب الإحكام في أصول الأحكام باباً في استصحاب الحال، وبطلان جميع العقود والعهود والشروط إلا ما أوجبه منها قرآن

(١) انظر ما كتبه ابن تيمية في هذا الموضوع كاملاً في القواعد النورانية الفقهية ص ١٨٤ ــ ٢٢٠.

(٢) يرى ابن تيمية أن كثيراً من أصول أبي حنيفة والشافعي، وطائفة من أصول أصحاب مالك وأحمد تنبني على هذا الرأي. القواعد النورانية الفقهية ١٨٤.
وقد ذكر ابن حزم هذين الاتجاهين بعبارات تدل على أن لكل منهما أنصاراً ومؤيدين، ولكن لم يبين لنا من هم أصحاب كل اتجاه. انظر الإحكام في أصول الأحكام ٥:٦ و ١٢ و ٣١.

أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة[1]، جاء فيه.

«أما العقود والعهود والشروط والوعد فإن أصل الاختلاف فيها على قولين لا يخرج الحق عن أحدهما، وما عداهما فتخليط ومناقضات لا يستقر لقائلها قول على حقيقة، فأحد القولين المذكورين: أنها كلها لازم حق إلا ما أبطله منها نص، والثاني: أنها كلها باطل غير لازم إلا ما أوجبه منها نص، أو ما أباحه منها نص[2]، ثم ذكر ابن حزم حجة من قال بالرأي الأول[3]، وذكر بعد ذلك الرأي الثاني وحجته على النحو التالي.

قال أبو محمد: ووجدنا من قال ببطلان كل عقد وكل شرط وكل عهد وكل وعد إلا ما جاء نص بإجازته باسمه يقولون: قال الله عز وجل: **﴿اليوم أكملت لكم دينكم﴾**[4]. وقال تعالى: **﴿ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون﴾**[5]. وقال تعالى: **﴿ومن يعص الله ورسوله ويتعد حدوده يدخله ناراً خالداً فيها﴾**[6].

وعن عائشة قالت: «... قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق...»[7].

قالوا: فهذه الآيات، وهذا الحديث براهين قاطعة في إبطال كل عهد وكل

(١) الباب الثالث والعشرون ٥: ٢ ــ ٥٠، ط السعادة الأولى.
(٢) الإحكام في أصول الأحكام ٥: ٦.
(٣) المصدر السابق ٥: ٦ ــ ١٢.
(٤) سورة المائدة: الآية ٣.
(٥) سورة البقرة: الآية ٢٢٩.
(٦) سورة النساء: الآية ١٤.
(٧) صحيح البخاري ٣: ١٩٢.

عقد وكل وعد وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحة عقده، لأن العقود والعهود والأوعاد شروط، واسم الشرط يقع على جميع ذلك.

ثم ذكر ابن حزم حجة عقلية خلاصتها: أن كل عقد أو شرط التزمه أحد العاقدين للآخر، إما أن يكون في نص القرآن أو السنة إيجابه أولا، فالأول لا خلاف فيه، والثاني هو محل الخلاف، وهو لا يخلو من أحد أربعة وجوه، الأول أن يلتزم فيه العاقد إباحة ما حرم الله، والثاني أن يلتزم فيه تحريم ما أباحه الله، والثالث أن يلتزم إسقاط ما أوجبه الله تعالى، والرابع أن يوجب على نفسه ما لم يوجبه الله عليه، وكل وجه من هذه الوجوه عظيم لا يحل، وهو تعد لحدود الله، وخروج عن الدين[1].

ثم رد ابن حزم الرأي الأول بأن الآيات والأحاديث ليست على عمومها، ولكنها في بعض العهود والعقود والشروط، وهي ما جاء القرآن أو السنة بالإلزام به فقط؛ بدليل قوله ﷺ: «لا نذر في معصية الله تعالى ولا فيما لا يملك العبد»، وقوله: «من نذر أن يطيع الله فليطعه، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه»، وقوله: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»، ولا يفرق ابن حزم بين التزام قتل المسلم ظلماً، والتزام الزوج ألا يتزوج على امرأته، فكلاهما عنده عقد على معصية، لأن من التزام عدم الزواج تحريم ما أحله الله.

ويمضي ابن حزم فيقول: إن الآيات التي تأمر بالوفاء بالعهد حجة لنا لا علينا، لأن العهد جاء فيها مضافاً إلى الله «وبعهد الله أوفوا»، ولا يضاف إلى الله إلا ما أمر به، لا ما نهى عنه.

وأما الأحاديث التي تجعل إخلاف الوعد خصلة من خصال النفاق، فالمراد

(١) الأحكام في أصول الأحكام ٥: ١٢ ــ ١٤.

بالوعد فيها ما افترض الله الوفاء به، وألزم فعله، كالديون الواجبة، والأمانات الواجب أداؤها.

وأما حديث «المسلمون عند شروطهم» فغير صحيح، ولو صح لكان حجة لنا أيضاً؛ لأن الرسول أضاف فيه الشروط للمسلمين ولا شروط للمسلمين، إلا ما أباحها الله في القرآن أو السنة.

ثم قرر ابن حزم رأيه في أواخر الباب فقال:

«فلما قام البرهان بكل ما ذكرنا، وجب أن كل عقد أو شرط أو عهد أو نذر التزمه المرء، فإنه ساقط مردود، ولا يلزمه منه شيء أصلاً، إلا أن يأتي نص أو إجماع على أن ذلك الشيء الذي التزمه بعينه واسمه لازم له، فإن جاء نص أو إجماع بذلك لزمه وإلا فلا[1].

والأصل براءة الذمم من لزوم جميع الأشياء إلا ما ألزمنا إياه نص أو إجماع، فإن حكم حاكم بخلاف ما قلنا فسخ حكمه، ورد بأمر النبي ﷺ إذ يقول: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد»[2].

ففكرة ابن حزم تقوم على الاستصحاب، وبيان ذلك أن الأصل هو البراءة من جميع الالتزامات، فلا حق لأحد العاقدين قبل الآخر إلا إذا كان مستمداً من الشارع، فهو الملزم، وهوالذي يثبت الحقوق التي لكل واحد من العاقدين على صاحبه، فبمقتضى استصحاب الحال يجب بقاء هذا الأصل حتى يجيء النص الشرعي المسوغ للخروج عنه.

ولا يرى ابن حزم في التزام الشخص دليلاً على الإلزام، لأن التزام نتائج

---

(١) بناء على هذا الأصل لم يجوز الظاهرية من الشروط سوى سبعة شروط فقط وقد ذكرها ابن حزم في المحلى ٨: ٤١٢ ــ ٤١٣.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام ٥: ١٤ ــ ٤٤، وانظر أيضاً المحلى ٨: ٤١٢ ــ ٤٢١.

العقود كالتزام العبادات، لا يثبت عبادة، فمن التزم صلاة سادسة لا تجب عليه، وكذلك من التزم بعقد أو شرط غير ما ألزم الشارع في هذا القعد لا يصير ملزماً به[1].

رد حجج ابن حزم[2]:

يتلخص ما استدل به ابن حزم في دليلين:

١ ــ حديث: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله...».

٢ ــ لا إلزام إلا من الشارع، فمن التزم بعقد أو شرط لم ينص عليه الشارع فقد خالف الشارع.

وليس في هذين الدليلين ما يؤيد رأيه، فأما الحديث فإن المراد «بالشرط الذي ليس في كتاب الله» الشرط الذي حرمه الله، يدل على هذا قوله ﷺ في نفس الحديث: «قضاء الله أحق وشرط الله أوثق» لأن كل هذا إنما يكون إذا خالف الشرط كتاب الله وشرطه، بأن يكون المشروط مما حرمه الله تعالى بنص خاص أو عام، فالمشروط لا بد أن يكون مما أباح الشارع فعله بدون الشرط، ليكون اشتراطه جائزاً والوفاء به واجباً.

أو يكون المراد بالحديث ما ليس في كتاب الله إباحته، لا بخصوصه ولا بعمومه، لأن ما دل الكتاب على إباحته بعمومه فهو من كتاب الله، نظير ذلك قوله تعالى: ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبياناً لكل شيء﴾[3]، وقوله: «ما فرّطنا في الكتاب من شيء»[4] فإن القرآن لم يشتمل على بيان كل الأشياء بخصوصها، وإنما اشتمل على بيان بعضها بخصوصها، وعلى سائرها بعمومها.

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام ٥: ١٤، وابن حزم للأستاذ أبو زهرة ص ٣٨٠، ط مخيمر.

(٢) انظر القواعد النورانية الفقهية ص ٢٠٦ ــ ٢٠٩ و ١٩٨ ــ ٢٠٣.

(٣) سورة النحل: الآية ٨٩.

(٤) سورة الأنعام: الآية ٣٨.

فكل شرط دل دليل خاص أو عام على منعه لا يجوز اشتراطه، وكل شرط دل دليل خاص أو عام على إباحته جاز اشتراطه، ومن الأدلة العامة على الإباحة قوله تعالى: ﴿**يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ كما تقدم.

وأما قول ابن حزم: إن من التزم ما لم يوجبه نص في القرآن أو السنة فقد تعدى حدود الله، فهو قول مقبول بالنسبة للعبادات، لأن الأصل فيها التوقيف، أي لا يثبت الأمر بها إلا من الشارع، وغير مقبول بالنسبة للعادات، وهي ما يحتاجه الناس في دنياهم، لأنا لو منعنا الناس من العقود والشروط إلا ما ورد به نص خاص، لأوقعناهم في الحرج المرفوع شرعاً، إذ قد يحتاجون إلى عقد لم يرد به نص خاص.

ثم إنه ليس في إلزام المرء نفسه بعقد أو شرط تغيير لما شرعه الله، إلا إذا كان ما التزم به المرء مما منعه الشارع، بأن كان فيه تحليل للحرام، أو تحريم للحلال، فالعقود والشروط التي يلتزم بها المرء توجب ما كان مباحاً بدونها، عملاً بقوله تعالى: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾، ولا تحرم ما كان حلالاً، أو تحلل ما كان حراماً[1].

أثر الغرر في سلطان الإرادة:

انتهينا إلى أن الرأي الذي تؤيده النصوص، ويتفق مع المعقول، هو أن إرادة المتعاقدين طليقة من كل قيد، فهي قادرة على إنشاء أي عقد، وعلى اشتراط أي شرط تشاء، إلا ما نهى الشارع عنه، فنهى الشارع وحده هو القيد الذي يحد من إرادة المتعاقدين، والعقود والشروط التي ينتظمها هذا القيد، منها ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، فالمتفق عليه منها، هو ما ورد نص قطعي بمنعه من كتاب، أو سنة، أو إجماع، وهذا النص قد يكون خاصاً كالنهي عن الميسر،

(١) انظر القواعد النورانية الفقهية ص ١٩٩ ــ ٢١٠.

وعن بيع ما في بطن البهيمة، وقد يكون عاماً، كالنهي عن العقود التي تؤدي إلى أكل المال بالباطل، والنهي عن بيع الغرر، وهذه النصوص العامة يختلف الفقهاء في بعض ما تصدق عليه من أفراد، كما سنرى في موضوعنا هذا.

والمختلف فيه هو ما لم يرد نص قطعي بمنعه، فذهب فيه كل فقيه إلى ما أداه إليه اجتهاده واستنباطه للأحكام من نصوص الشريعة وقواعدها العامة.

والغرر قيد من القيود المتفق عليها التي تحد من سلطان الإرادة، ولكنه قيد طيع، يضيق ويتسع حسب اختلاف الظروف والبيئات والأنظار، وسنرى مصداق هذا في الاختلاف الواسع بين الفقهاء فيما يعتبر غرراً مانعاً من صحة العقد وغرراً غير مانع.

وتحريم عقود الغرر من حقوق الله، فلا يجوز للعبد إسقاطه، ولو رضى المتعاقدان بذلك لا يعتبر رضاهما، وفيه مع ذلك حق للعباد، لأن الله تعالى إنما حرمها صوناً لمال العبد من الضياع[1].

● ● ●

(١) الفروق للقرافي ١: ١٤٠ ــ ١٤٢، الفرق (٢٢).

المبحث الثالث

مبدأ سلطان الإرادة في القانون(١)

بدأت العقود في القانون الروماني شكلية محضة، فكان العقد يستمد صحته من شكله لا من موضوعه، فمتى استوفى العقد الأشكال المرسومة كان ملزماً للعاقدين بصرف النظر عن أي اعتبار آخر، أما رضا المتعاقدين وحده فلم يكن كافياً لتكوين العقد، فلما اتسعت دائرة المعاملات بتطور الحضارة، ودعت الحاجة إلى السرعة في التعامل نشأت مع العقود الشكلية العقود العينية، والعقود الرضائية، والعقود غير المسماة، وظهر سلطان الإرادة في العقود الرضائية، وبعض عقود أخرى، ولكن القانون الروماني لم يقرر في أية مرحلة من مراحله مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام.

في نهاية القرن الثاني عشر ابتدأت الشكلية تضمحل، وأخذ سلطان الإرادة يقوي تدريجياً بفضل المبادىء الدينية وقانون الكنيسة، والعوامل الاقتصادية

(١) انظر في هذا الموضوع: الوسيط للدكتور السنهوري ١:٧٧ ــ ٨١ و ١٤١ ــ ١٤٩ و ٣٩٧ ــ ٤١٣ و ٦٢٤ ــ ٦٢٦، ومصادر الالتزام للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدا ص ٤٢١ ــ ٤٢٩، ومجموعة الأعمال التحضيرية ٢:٢٢٢ ــ ص ٢٢٤ و ٢٧٨، وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١:٣، و :

The Law of Contract by G.H. Treitel P. 3 & Chap. 11.

والسياسية إلى أن أصبح سلطان الإرادة مبدأ مقرراً في القرن السابع عشر.

وفي القرن الثامن عشر انتشرت النظريات الاقتصادية والفلسفية والسياسية المشبعة بروح الفردية تدعو إلى حرية الفرد، ووجوب استقلال إرادته، وتسييرها لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية، واجتماعية، وقد جاء قانون نابليون متمشياً مع هذه النظرة إلى الإرادة.

انتصر مبدأ سلطان الإرادة في ذلك العصر، وأصبح يشتمل على أصلين:

الأول: كل الالتزامات، بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة.

الثاني: الإرادة هي المرجع في كل ما يترتب على الالتزامات من آثار.

استمرت النظم الاقتصادية في التطور وظهرت الصناعات الكبيرة، والشركات الضخمة، ونظم العمال أنفسهم في طوائف، وانتشرت المذاهب الاشتراكية، وقامت تحارب المذاهب الفردية، فتعرض مبدأ سلطان الإرادة إلى نقد لاذع من خصومه الذين بالغوا في عدم اعتبار إرادة الفرد فنبذوا مبدأ سلطان الإرادة مرة واحدة، كما بالغ أنصار هذا المبدإ فجعلوا لإرادة الفرد السلطان الأكبر في جميع الروابط القانونية.

نتج عن هذه المبالغة من أنصار المبدأ وخصومه قيام فريق من المعتدلين وفقوا بين النظريتين المتطرفتين، فاعترفوا بما لإرادة الفرد من سلطان، ولكنهم حصروها في دائرة معقولة بحيث لا تتعارض مع العدالة والصالح العام، فأصبح المبدأ السائد في القانون هو سلطان الإرادة من حيث إنشاء العقود وترتيب آثارها عليها في حدود النظام العام والآداب، وقد جاء التقنين المدني المصري متمشياً مع هذا الاتجاه المعتدل، فنصت المادة ١٤٧ منه في فقرتها الاولى على أن «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب

التي يقررها القانون» ونصت المادة ١٣٥ منه على أنه «إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً». فالأصل في القانون أن الإرادة حرة في إنشاء العقود، وتحديد آثارها، غير مقيدة بشيء سوى النظام العام والآداب، فإذا خالف العقد النظام العام أو الآداب كان باطلاً، سواء ورد نص خاص بتحريم ذلك العقد، أو لم يرد.

مقارنة بين الشريعة والقانون:

يتبين من هذا أن ما استقر عليه القانون في القرن العشرين يتفق في جملته مع ما قرره القرآن والسنة في القرن السابع، غير أنه ينبغي أن ننبه إلى فارق هام، هو أن الأحكام القانونية التي تخرج عن دائرة النظام العام والآداب كلها أحكام مقررة أو مفسرة لإرادة المتعاقدين، وليست أحكاماً آمرة، ولهذا يجوز أن يتفق المتعاقدان على خلافها، ويكون اتفاقهما هذا مقدماً على أحكام القانون، فيصير صحيحاً باتفاق المتعاقدين ما نص في القانون على بطلانه في حالة عدم الاتفاق على خلافه، وأغلب الأحكام التي تتعلق بالمعاملات المالية من هذا القبيل.

أما في الفقه الإسلامي، فإن كل عقد نص على بطلانه لا يمكن أن ينقلب صحيحاً باتفاق المتعاقدين، فالشروط التي يشترطها الفقهاء لصحة العقد إذا تخلف شرط منها كان العقد غير صحيح، ولو رضى المتعاقدان بتخلفه، فتعيين المحل مثلاً شرط لصحة العقد في الفقه الإسلامي، فإذا كان المحل مجهول المقدار مثلاً فالعقد غير صحيح، ولا يستطيع المتعاقدان أن يتفقا على إسقاط هذا الشرط، ولهذا لا يعتبر الاتفاق مع صائد على شراء ما تخرجه شبكته من السمك، أو الاتفاق مع زارع على شراء ما تنتجه أرضه من القطن مثلاً، في حين أن القانون يعتد بهذا الاتفاق ويلزم به المتعاقدين، وإن كان المبيع مجهول المقدار، ما دام المتعاقدان قد دخلا على ذلك، بالرغم من وجود المادة ١٣٣ في التقنين المدني

المصري التي تنص على أنه: «إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً».

فعلى هذا يكون أثر الغرر على سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي أقوى بكثير من أثره عليه في القانون، فقد قلنا إن تحريم عقود الغرر من حق الله الذي لا يجوز للعبد إسقاطه في الفقه الإسلامي، أما في القانون فإن أكثر عقود الغرر تخرج عن دائرة النظام العام والآداب ، فلا مانع إذن من التعاقد على ما فيه غرر، ولو ورد نص بمنعه، إلا في مسائل قليلة اعتبرها القانون مخالفة للنظام العام أو الآداب، منها منع التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة[١]، ومنع الاتفاق الخاص بالمقامرة والرهان[٢].

• • •

(١) المادة ١٣١ (٢) من التقنين المدني المصري.

(٢) المادة ٧٣٩ من التقنين المدني المصري.

القسم الأول

التعريف بالغرر والنصوص الواردة فيه

الباب الأول

التـعـريـف بالغـرر

الفصل الأول

تعريف الغرر، وبيان الفرق بينه وبين مـا يشتبه بـه مـن الكلمات

المبحـث الأول

تعـريف الغـرر

(أ) في اللغة العربية :

جاء في كتب اللغة: الغرر بفتحتين الخطر[1]، والتغرير حمل النفس على الغرر، يقال غرر بنفسه وماله تغريراً وتغرة عرضهما للهلكة من غير أن يعرف، والاسم الغرر[2].

(١) الخطر: الإشراف على الهلاك وخوف التلف، وخاطر بنفسه فعل ما يكون الخوف فيه أغلب. (المصباح المنير).

(٢) لسان العرب، القاموس المحيط، المصباح المنير، كشاف اصطلاحات الفنون.

وقال القاضي عياض:

أصل الغرر لغة ماله ظاهر محبوب وباطن مكروه، ولذا سميت الدنيا متاع الغرور، قال وقد يكون من الغرارة وهي الخديعة ومنه الرجل الغر بكسر الغين للخداع، ويقال للمخدوع أيضاً[1].

فالغرر اسم من التغرير وهو تعريض المرء نفسه أو ماله للهلاك من غير أن يعرف.

(ب) في اصطلاح الفقهاء:

١ ـ الحنفية:

قال السرخسي: «الغرر ما يكون مستور العاقبة»[2].

وقال الكاساني: «الغَرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك»[3].

وقال البابرتي: «الغرر ما طوى عنك علمه»[4].

وقال ابن عابدين: «الغرر هو الشك في وجود المبيع»[5].

وهذه التعريفات تؤول إلى اثنين، فإن تعريف السرخسي وتعريف البابرتي معناهما واحد، وتعريف ابن عابدين هو تعريف الكاساني في أسلوب مختصر.

ويلاحظ أن تعريف السرخسي والبابرتي أعم من تعريف الكاساني

(١) الفروق للقرافي ٣:٣٦٦.
(٢) المبسوط ١٣:١٩٤.
(٣) البدائع ٥:٢٦٣.
(٤) العناية بهامش فتح التقدير ٥:١٩٢.
(٥) ابن عابدين: ٤:١٤٧.

وابن عابدين، فإن الأخيرين جعلا الغرر خاصاً بحالة الشك في وجود المبيع، أما الأولان فالغرر عندهما يشمل هذه الحالة والحالات الأخرى التي لا يعرف فيها حقيقة المحل أو العقد.

وهو التعريف الذي تندرج تحته جميع الفروع التي وردت في كتب الحنفية وقالوا: إن فيها غرراً، أما التعريف الآخر فغير جامع.

ويشبه تعريف السرخسي ما قاله محمد في الأصل تعليلاً لمنع شراء الصوف على الظهر، واللبن في الضرع، واللحم قبل الذبح، والثمر قبل أن يخرج، فقد قال: «هذا كله فاسد، لأنه يبتاع ما لم يكن بعد، أو لم يدر ما هو، وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر، وهذا عندنا من الغرر»[1].

٢ ـ المالكية:

جاء في المدونة:

قال ابن وهب: وقال لي مالك: «وتفسير ما نهى عنه رسول الله ﷺ من بيع الغرر، أن يعمد الرجل إلى الرجل قد ضلت راحلته أو دابته أو غلامه، وثمن هذه الأشياء خمسون ديناراً؛ فيقول: أنا آخذها منك بعشرين ديناراً، فإن وجدها المبتاع ذهب من البائع بثلاثين ديناراً، وإن لم يجدها ذهب البائع منه بعشرين ديناراً، وهما لا يدريان كيف يكون حالهما في ذلك الوقت ولا يدريان أيضاً إذا وجدت تلك الضالة كيف توجد، وما حدث فيها من أمر الله، مما يكون فيه نقصها أو زيادتها، فهذا أعظم المخاطرة»[2].

ومثل ذلك ما في الموطأ:

قال مالك: والأمر عندنا أن من المخاطرة والغرر اشتراء ما في بطون الإناث

(١) الأصل ص ٩٤.
(٢) المدونة ١٠:٣٨، والموطأ ٥:٤١ بهامش المنتقى، وقال ابن وهب عن عبد العزيز بن أبـي سلمة مثل ما قال مالك في تفسير الغرر.

من النساء والدواب، لأنه لا يدري أيخرج أم لا يخرج، فإن خرج لم يدر أيكون حسناً أم قبيحاً أم تاماً أم ناقصاً، أم ذكراً أم أنثى، وذلك كله يتفاضل إن كان على كذا، فقيمته كذا، وإن كان على كذا، فقيمته كذا(١).

فالغرر عند مالك هو ما جهل وجوده أو ماجهلت صفته.

وقال القرافي: أصل الغرر هو الذي لا يدري هل يحصل أم لا، كالطير في الهواء، والسمك في الماء(٢).

وقال الدسوقي: الغرر التردد بين أمرين أحدهما على الغرض والثاني على خلافه(٣).

وهذه التعريفات متقاربة المعنى، وإن كان تعريف القرافي يتبادر إلى الذهن أنه مقصور على ما شك في حصوله، ولكن الحقيقة أن كلمة (أصل) تمنع هذا الفهم.

٣ ــ الشافعية:

نقل الكاساني أن الشافعي قال: الغرر هو الخطر(٤).

وهذا في الواقع تعريف للغرر في اللغة.

وقال الشيرازي: الغرر ما انطوى عنه أمره وخفي عليه عاقبته(٥).

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٥:٤٢.

(٢) الفروق ٣:٢٦٤.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٤٩.

(٤) البدائع ٥:١٦٣.

(٥) المهذب ١:٢٦٢، ولهذا قالت عائشة في وصف أبي بكر: فرد نشر الإسلام على غِرِّه أي على طيه، تريد: أن الإسلام كان في زمن النبي ﷺ كالثوب المطوي المصون من الأدناس، فلما مات وارتدت العرب صار كالثوب إذا انتشر وتدنس، فرد أبو بكر ما انتشر من الإسلام إلى حالته التي كان عليها زمن الرسول ﷺ.

وقال الرملي: الغرر ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما، وقيل: ما انطوت عنه عاقبته(١).

وقال الشرقاوي: العقد الذي فيه غرر هو ما انطوت عنا عاقبته، أو: ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما(٢).

وتعريفات الشافعية كلها تؤدي معنى واحداً.

٤ ــ الظاهرية:

عرف ابن حزم الغرر في البيع بأنه ما لا يدري فيه المشتري ما اشترى، أو البائع ما باع(٣).

وعرفه في موضع آخر في باب البيع أيضاً بأنه: ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد(٤).

والتعريف الأول أعم من الثاني، لأنه يشمل مجهول الذات والجنس والنوع، وكل من التعريفين يخرج المعلوم الذي لا يدري أيحصل أم لا يحصل، كالبعير الشارد، فإنه لا يدخل في الغرر عند الظاهرية.

٥ ــ الشيعة الزيدية:

في البحر الزخار: معنى الغرر التردد في وجود المبيع، أو إمكان قبضه، كالطير في الهواء(٥).

وفيه أيضاً: بيع الغرر هو: التردد في حصول المبيع وعدمه بلا ترجيح(٦).

---

(١) نهاية المحتاج ٣:٣٩٢.

(٢) الشرقاوي على تحفة الطلاب ٢:٩.

(٣) المحلى ٨:٣٤٣ و ٤٣٩.

(٤) المحلى ٨:٣٨٩.

(٥) البحر الزخار ٣:٢٩٣.

(٦) البحر الزخار ٣:٣٠٩.

وكلا التعريفين يخرج المجهول، فالغرر على هذا التعريف لا يشمل سوى المعدوم وما لا يمكن قبضه.

٦ ــ ابن تيمية:

وقال ابن تيمية في الفتاوي والقواعد النورانية: الغرر هو المجهول العاقبة[١].

وقال في نظرية العقد:

والغرر قد قيل في معناه: هو ما خفيت عاقبته، وطويت مغبته، أو انطوى أمره. وقيل: ما تردد بين السلامة والعطب.

ويرى ابن تيمية أن التفسير الأخير أبين وأوضح من الأول، لأن الغرر من التغرير، والمغرر بالشيء: المخاطر، والمخاطر: المتردد بين السلامة والعطب[٢].

٧ ــ ابن القيم:

قال ابن القيم في إعلام الموقعين:

بيع الغرر هو ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً[٣].

وقال في زاد المعاد:

بيع الغرر هو بيع ما لا يعلم حصوله، أو لا يقدر على تسليمه، أو لا يعرف حقيقة مقداره.

وجاء في موضع آخر منه:

الغرر ما تردد بين الحصول والفوات، أو هو ما طويت معرفته وجهلت عينه.

(١) الفتاوي ٣: ٢٧٥، والقواعد النورانية الفقهية ص ١١٦.

(٢) نظرية العقد ص ٢٢٤.

(٣) إعلام الموقعين ١: ٣٥٨، وهذا هو التعريف الذي أورده الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور في كتابه الفقه الإسلامي ص ٤٢٩، والمدخل للفقه الإسلامي ص ٥٨٥.

وفيه أيضاً:

الغرر تردد بين الوجود والعدم[١].

وقد اضطربت تعريفات ابن القيم، فالغرر عنده تارة ما لا يقدر على تسليمه فقط، وتارة هو ما تردد بين الوجود والعدم فقط، وتارة هو أعم من هذين التعريفين فيشملهما ويشمل أيضاً ما جهل مقداره، وتارة هو شامل لما تردد بين الحصول والفوات، ولما طويت معرفته وجهلت عينه، وعبارة (وجهلت عينه) لا فائدة منها، لأن ما طويت معرفته تغني عنها.

٨ ــ وقد تأثر بعض علماء اللغة بالاصطلاح الفقهي لمعنى الغرر فأوردوه في كتبهم، ففي لسان العرب:

بيع الغرر المنهي عنه، ما كان له ظاهر يغر المشتري وباطن مجهول، يقال: إياك وبيع الغرر، قال: بيع الغرر أن يكون على غير عهدة ولا ثقة.

قال الأزهري: ويدخل في بيع الغرر البيوع المجهولة التي لا يحيط بكنهها المتبايعان حتى تكون معلومة.

التعريف المختار:

تتجه التعريفات التي نقلتها عن الفقهاء ثلاثة اتجاهات:

أحدها: يجعل الغرر مقصوراً على ما لا يدري أيحصل، أم لا يحصل، ويخرج عنه المجهول.

وهو رأي الكاساني وابن عابدين من الحنفية، ورأي الشيعة، وابن تيمية في أحد رأييه.

وثانيها: يجعل الغرر مقصوراً على المجهول، ويخرج عنه ما شك في حصوله.

(١) زاد المعاد: ٤: ٢٦٧ و ٢٦٨.

وهو رأي الظاهرية.

وثالثها: يجمع بين الاتجاهين الأولين، فيجعل الغرر شاملاً لما لا يدري حصوله، وللمجهول.

وهو رأي أكثر الفقهاء.

والذي أختاره من هذه التعريفات هو:

الغرر ما كان مستور العاقبة:

وهو تعريف السرخسي، ووافقه عليه ابن تيمية في أحد رأييه، والبابرتي، والشرقاوي مع اختلاف بسيط في اللفظ، وهو موافق أيضاً لتفسير مالك للغرر، ولتعريف الدسوقي، وإن كان اللفظ مختلفاً.

وقد فضلته على غيره من التعريفات، لأنه أجمعها للفروع الفقيهة التي أدخلها الفقهاء تحت الغرر، مع قلة كلماته.

• • •

المبحث الثاني

بيان الفرق بين الغرر وما يشتبه به من الكلمات

(أ) الغــرر والغــرور

الغرور هو حمل الشخص على عقد بطريقة باطلة تجعله يظن أن إنشاء العقد في مصلحته، والواقع غير ذلك. كشراء سلعة نتيجة لإعلان كاذب عن مزاياها، وكشراء المصراة، وكالشراء عقب النجش[(١)].

فالفرق بين الغرر والغرور:

١ ــ الغرور يكون نتيجة قول أو فعل أو موقف يتخذه شخص ليخدع به آخر[(٢)]، أما الغرر فلا خديعة فيه من أحد المتعاقدين، إذ أن كلا من المتعاقدين

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف ص ٣٧٧ و ٣٨٠، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٤٧، والحطاب ٤ : ٤٣٧.

(٢) في لسان العرب: غره يغره غراً وغروراً وغرة فهو مغرور وغرير: خدعه واطمعه بالباطل. والغرور والتغرير والتدليس معناها الاصطلاحي واحد، على أن كلمة الغرور تتمشى مع الاستعمال اللغوي أكثر من التغرير لأنها من غر غيره، أما التغرير فهي من غرر، وكل كتب اللغة التي اطلعت عليها تقول غررّ بنفسه تغريراً، ولم أجد فيها غرر بغيره، ولكن كتب الفقه تستعمل الكلمتين واستعمالها للغرور أكثر، وإن كان أكثر الفقهاء المحدثين يميل إلى استعمال التغرير.

يكون جاهلاً بحقيقة الأمر في عقد الغرر، فإذا اشترى شخص من آخر بعيره الضال، وهو يعلم مكانه، فقد غره، فيدخل هذا العقد تحت الغرور، أما إذا اشتراه، وهو لا يعلم مكانه، فإن هذا يكون عقد غرر.

٢ ــ الغرور يجعل ــ في بعض الحالات ــ للمغرور حق الفسخ، أما الغرر فيجعل العقد غير صحيح، لأن المنع من عقود الغرر من حق الله الذي لا يجوز للعبد إسقاطه، وإن كان فيه حق للعبد، فالغرور عيب من عيوب الرضا، أما الغرر فإنه يرجع لفكرة النظام العام.

استعمال بعض الفقهاء كلمة الغرر مكان الغرور:

تستعمل بعض كتب الفقه الغرر مكان الغرور:

يقول ابن عابدين: والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يحصل سبباً للضمان دفعاً للغرر بقدر الإمكان[١].

ويقول في موضع آخر:

ومتى عاين ما يعرف بالعيان انتفى الغرر[٢]. يريد أن المشتري إذا شاهد المبيع وكان مما يعرف بالمشاهدة فليس له أن يدعي الغرور بعد ذلك.

وفي عدة أرباب الفتوى: «فصل في الغرر والغبن الفاحش» ذكر فيه المؤلف مسائل كلها من باب الغرور[٣].

والمالكية أيضاً يستعملون الغرر بمعنى الغرور.

جاء في الحطاب عند الكلام عن التغرير:

(١) ابن عابدين ٤: ٢٢٢.
(٢) ابن عابدين ٤: ٨٦ و ٢٢٤، وانظر الفتاوي المهدية ٣: ٥٧.
(٣) عدة أرباب الفتوى ص ٢٤٦ ــ ٢٤٨.

وقال في المسائل الملقوطة: الغرر بالقول لا يضمن وفيه الخلاف، وبالفعل يضمن بلا خلاف[١].

وكتب الشافعية أيضاً ورد فيها الغرر بمعنى الغرور.

يقول الشيرازي:

ويحرم تلقي الركبان: وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل[٢].

وفي شرح المنهاج:

وحبس ماء القناة وماء الرحى المرسل عند البيع حتى يتوهم المشتري كثرته فيزيد في عوضه.. يثبت الخيار بجامع التدليس أو الغرر... لا لطخ ثوب الرقيق بمداد تخييلاً للكتابة، أو إلباسه ثوب نحو خباز ليوهم أنه كاتب أو خباز... فلا رد له به في الأصح، إذ ليس فيه كبير غرر لتقصير المشتري بعدم امتحانه[٣].

وكتب الشيعة الزيدية أيضاً لا تخلو من هذا، فقد ذكر صاحب البحر الزخار في الكلام عن الزواج فصلاً سماه: «خيار الغرر» وتكلم فيه عن الغرور ـ التدليس ــ في الزواج[٤].

(ب) الغـرر والجهـالة

يفرق القرافي بين الغرر والمجهول، فالغرر عنده، هو: «ما لا يدري هل يحصل أم لا» كالطير في الهواء، والسمك في الماء، والمجهول هو «ما علم

(١) الحطاب ٤: ٤٣٨.
(٢) المهذب ١: ٢٩٢.
(٣) نهاية المحتاج ٤: ٧٣ ــ ٧٤.
(٤) البحر الزخار ٣: ٦٧ ــ ٦٨.

حصوله وجهلت صفته»، كبيعه ما في كمه، فعدم العلم موجود في الحالين، ولكن إذا كان عدم العلم راجعاً إلى حصول الشيء، أو عدم حصوله فهو الغرر، وإن كان راجعاً إلى صفة الشيء فقط فهو المجهول، فبيع الطير في الهواء غرر، لأنه لا يدري هل يحصل عليه المشتري أم لا، أما بيع الإنسان ما في كمه فمجهول فقط، لأن المشتري يحصل على شيء قطعاً، ولكنه لا يدري ما صفة ذلك الشيء، فبين الغرر والمجهول عموم وخصوص وجهي، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة، كشراء العبد الآبق المعلوم قبل الإباق، فهو غرر، لأنه لا يدري هل يحصل عليه المشتري أم لا، ولا جهالة فيه لأن صفته معلومة قبل الإباق.

وقد توجد الجهالة بدون الغرر، كشراء حجر يراه المشتري ولا يدري أزجاج هو أم ياقوت، ففي هذا البيع جهالة لعدم العلم بصفة الحجر، ولا غرر فيه، لأن مشاهدة المبيع تقتضي القطع بحصوله.

وقد يجتمع الغرر والجهالة كما في بيع العبد الآبق المجهول الصفة قبل الإباق.

هذا ما يراه القرافي، ولكن العلماء ــ كما يقول هو نفسه ــ يتوسعون في هاتين العبارتين، فيستعملون إحداهما موضع الأخرى[1].

ويعلل صاحب تهذيب الفروق توسع العلماء هذا، بأن الغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل بأحد سبعة أشياء، ثم عد الأشياء السبعة التي ذكرها القرافي وسماها موارد للغرر والجهالة[2].

ويلاحظ على المثال الذي أورده القرافي، وتابعه عليه صاحب التهذيب، لاجتماع الغرر والجهالة أنه غير متمش مع تعريفه للغرر والمجهول، فإن التعريف

(١) الفروق ٣: ٢٦٥. ،
(٢) تهذيب الفروق ٣: ٢٧١.

يقتضي ألا يكون المثال من المجهول، لأن الشرط في المجهول أن يكون مجهول الصفة ومعلوم الحصول، والمثال المذكور مجهول الصفة، ولكنه غير معلوم الحصول، فهو إذن غرر فقط؛ لأن الغرر حسب تعريفه، ما لا يدري هل يحصل أم لا، جهلت صفته أم لا.

والذي يستفاد من التعريف أنه لا يمكن اجتماع الغرر والجهالة، لأن الشرط في الغرر عدم العلم بالحصول، والشرط في الجهالة العلم بالحصول.

ويفرق ابن تيمية كما يفرق القرافي بين الغرر والمجهول، فهو يرى أنه لا يسمى غرراً إلا ما لا يدري أيحصل أم لا يحصل، أما ما كان حاصلاً مقبوضاً سليماً فلا يسمى غرراً، ولو لم يعلم قدره، ولهذا لا يسمى مال الرجل في بيته وصندوقه غرراً، وإن لم يعلم كيله ووزنه، ثم يقول: «فدخول العلم بالقدر أو الوصف في اسم الغرر مما لا أصل له، ولهذا يفرق الفقهاء بين الغرر والمجهول»[1].

هذا هو رأي ابن تيمية في كتابه نظرية العقد وهو يتفق مع تعريف الغرر الذي رجحه على غيره من التعريفات وهو: «الغرر ما تردد بين السلامة والعطب»[2].

ولكن ابن تيمية خالف هذا الرأي في كتابه القواعد النورانية الفقهية، فاعتبر المجهول نوعاً من أنواع الغرر، وهذا نص عبارته: «وأما الغرر فإنه ثلاثة أنواع: إما المعدوم: كحبل الحبلة، وبيع السنين، وإما المعجوز عن تسليمه: كالعبد الآبق، وإما المجهول المطلق أو المعين المجهول جنسه أو قدره، كقوله: بعتك عبداً، أو بعتك ما في بيتي، أو بعتك عبيدي»[3].

(١) نظرية العقد ص ٢٢٤ ــ ٢٢٥.
(٢) نظرية العقد ص ٢٢٤ ــ ٢٢٥.
(٣) القواعد النورانية الفقهية ص ١١٧.

وهذا التقسيم يتفق مع تعريف الغرر الذي أورده في صفحة ١١٦ من الكتاب المذكور حيث قال: «والغرر هو المجهول العاقبة»، فإن هذا التعريف تدخل فيه الأقسام الثلاثة التي ذكرها، بخلاف التعريف الذي ارتضاه في كتابه نظرية العقد، فإنه لا يشمل سوى القسمين الأولين.

والذي أراه: أن الغرر أعم من الجهالة، فكل مجهول غرر، وليس كل غرر مجهولاً، فقد يوجد الغرر بدون الجهالة، كما في شراء الآبق المعلوم الصفة، ولكن لا توجد الجهالة بدون الغرر وهذا المعنى، هو الذي يتمشى مع التعريف الذي ارتضيته، والتقسيم الذي سأذكره بعد، ويتمشى أيضاً مع تقسيم بعض الفقهاء للغرر إلى أنواع، منها المجهول كما فعل ابن تيمية في القواعد النورانية، وابن جزي، والباجي[1].

(جـ) الغـرر والقمـار

أصل القمار: الرهان على اللعب بالآلات المعدة للقمار، وقد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقاً، أي مع الرهان ودونه[2].

وقال البقاعي في تفسيره: «والقمار كل مراهنة على غرر محض» يقال: قامره مقامرة وقماراً إذا راهنه.

أما الميسر:[3] فإن عرب الجاهلية كانوا يطلقونه غالباً على المقامرة بالأقداح لاقتسام الجزور بطريقة خاصة، وقد عبر أبو حيان في تفسيره عن الميسر بأنه: «قمار أهل الجاهلية».

---

(١) انظر تقسيم الغرر في أول القسم الثاني، وانظر الملكية ونظرية العقد للأستاذ أبي زهرة ص ٢٥٩، والفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للأستاذ الزرقا ف ٣٧١.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٥٥ ــ ٥٦، والقاموس، والصحاح، والمصباح المنير.

(٣) يرى مقاتل أن الميسر مشتق من اليسر لأنه أخذ للمال بيسر وسهولة، من غير كد ولا تعب: الفخر الرازي ٢: ٢٢٤.

فالقمار لفظ أعم من الميسر إذ يطلق على جميع أنواع المراهنة، على أن الفقهاء فيما بعد أطلقوا الميسر على جميع ضروب القمار، قال علي، وابن عباس، وعطاء، وابن سيرين، والحسن، وابن المسيب، وقتادة، وطاوس، ومجاهد، ومعاوية بن صالح: «كل شيء فيه قمار من نرد وشطرنج وغيره، فهو ميسر، حتى لعب الصبيان بالكعاب والجوز»[1].

يتبين من هذا أن القمار أو الميسر عقد خاص يقوم أساساً على المراهنة في اللعب، وكلمة قمار أو ميسر أخص من كلمة غرر، فالقمار والميسر غرر من غير شك، ولكن هناك عقود كثيرة فيها غرر لا يصح أن يقال عنها قمار، فالبيع الذي فيه غرر، والإجارة التي فيها غرر، وغيرهما من عقود الغرر، من الخطأ إطلاق كلمة القمار عليها، أو تشبيهها به إلا ما تحقق فيه مميزات القمار، كبيع الحصاة فإنه قمار وإن سمي بيعاً، ولهذا نجد ابن رشد حينما يتحدث عن بيوع الغرر، يذكر منها بيع الحصاة ويقول عنه: «وهذا قمار»[2].

ابن تيمية وابن القيم يجعلان الغرر من القمار:

يرى ابن تيمية أن الغرر من القمار، وذلك حيث يقول: «والغرر هو المجهول العاقبة، فإن بيعه من الميسر الذي هو القمار، وذلك أن العبد إذا أبق، أو الفرس أو البعير إذا شرد، فإن صاحبه إذا باعه فإنما يبيعه مخاطرة، فيشتريه المشتري بدون ثمنه بكثير، فإن حصل له قال البائع: قمرتني وأخذت مالي بثمن قليل، وإن لم يحصل قال المشتري: قمرتني وأخذت الثمن مني بلا عوض، فيفضي إلى مفسدة الميسر التي هي إيقاع العداوة والبغضاء، مع ما فيه من أكل المال بالباطل، الذي هو نوع من الظلم، ففي بيع الغرر ظلم وعداوة وبغضاء»[3].

---

(١) الميسر والأزلام ص ١١ ــ ١٦، وتفسير أبي حيان ٢: ١٥٧، والفخر الرازي ٢: ٢٢٤.

(٢) بداية المجتهد ٢: ١٤٨.

(٣) القواعد النورانية الفقهية ص ١١٦، والفتاوي ٣: ٢٧٥، ونظرية العقد ص ٢٢٧ ــ ٢٢٩.

وهذا رأي غير سليم؛ فإن الغرر كما بينا أعم من القمار، واستعمال ابن تيمية لكلمة «قمر» غير دقيق، لأن قمره معناها غلبه في القمار، وأما كون الغرر يفضي إلى مفسدة الميسر فصحيح، ولكن لا يلزم من هذا أن يكون الغرر من الميسر.

وقد تبع ابن القيم شيخه فقال في إعلام الموقعين: بيع الغرر هو ما لا يقدر على تسليمه... كبيع العبد الآبق والبعير الشارد وإن كان موجوداً... ثم قال: فإن كان البائع عاجزاً عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار، فإنه لا يباع إلا بوكس، فإن أمكن المشتري تسلمه كان قد قمر البائع، وإن لم يمكنه ذلك قمره البائع، وهكذا المعدوم الذي هو غرر نهي عنه للغرر لا للعدم، كما إذا باعه ما تحمل هذه الأمة أو هذه الشجرة، فالمبيع لا يعرف وجوده ولا قدره، ولا صفته، وهذا من الميسر الذي حرمه الله ورسوله[1].

وقال في زاد المعاد: «الغرر تردد بين الوجود والعدم، فنهي عن بيعه لأنه من جنس القمار الذي هو الميسر... وهو إنما يكون قماراً إذا كان أحد المتعاوضين يحصل له مال، والآخر قد يحصل له وقد لا يحصل له، فهذا الذي لا يجوز كبيع الآبق»[2].

هذا ويلاحظ أن كلا من ابن تيمية وابن القيم لا يجعل كل غرر من القمار، وإنما الغرر الذي يعتبر قماراً عندهما هو ما يحصل فيه أحد المتعاقدين على مال قطعاً، ويحتمل ألا يحصل فيه المتعاقد الآخر على شيء مطلقاً، غير أن ابن القيم قد صرح بهذا، أما ابن تيمية فقد أشار إليه بالمثال.

• • •

(١) إعلام الموقعين ١: ٣٥٨، وانظر الملكية ونظرية العقد للأستاذ أبي زهرة ص ٢٥٩.
(٢) زاد المعاد ٤: ٢٦٩.

الفصل الثاني

الغرر في عرف الجاهلية وفي القانون الوضعي

المبحث الأول

الغرر في عرف الجاهلية، وأثر الإسلام فيه

كانت للعرب قبل الإسلام ضروب من المعاملات، وكانت لهم نظم وقوانين يسيرون عليها في معاملاتهم بعضهم بعضاً. شأنهم في ذلك شأن جميع المجتمعات، فإنه لا يمكن أن نتصور مجتمعاً من غير قوانين تنظم معاملات أفراده فيما بينهم، وإنما تختلف تلك القوانين صلاحاً وفساداً باختلاف درجة المجتمعات رقياً وانحطاطاً.

وقد جاءت النظم التي كان يسير عليها العرب في الجاهلية في معاملاتهم نتيجة لتجاربهم وأعرافهم واختلاطهم بغيرهم من الأمم ذات الحضارات، الفرس في العراق، والرومان في الشام، واليهود في يثرب[1].

(١) البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ص ٦، وأحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف ص ٦، وتاريخ التشريع الإسلامي ومصادره للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٤٠ ـ ٤١.

عمل الإسلام في المعاملات التي كانت سائدة عند مجيئه:

فلما جاء الإسلام وجد أمامه مجموعة من المعاملات التي تعارفها المجتمع الجاهلى، وكان فيها الصالح الذي لا يتعارض مع تعاليم الإسلام، وفيها غير الصالح، فأقر منها ما كان صالحاً، وأصلح ما يمكن إصلاحه من غير الصالح، ومنع ما لا يتفق مع تعاليمه.

فمن العقود التي كانت معروفة قبل الإسلام وأقرها الإسلام، الشركة، فقد روى أبو داود وابن ماجه عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي ﷺ: «كنت شريكى في الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارينى ولا تمارينى»[1].

ومنها الجعالة، فقد كان الجعل موجوداً في المعاملات جاهلية وإسلاماً، فأقر النبي ﷺ على فعله، ولم يتعرض لإبطاله مع علمه بذلك[2].

ومنها شركة المضاربة[3]، فقد سافر الرسول ﷺ إلى الشام مضارباً بمال لخديجة قبل أن يتزوجها وسنه خمس وعشرون، وكان معه غلامها ميسرة فربح في تلك التجارة ربحاً عظيماً.

يقول ابن حزم: القراض كان في الجاهلية، وكانت قريش أهل تجارة لا معاش لهم من غيرها، وفيهم الشيخ الكبير الذي لا يطيق السفر والمرأة والصغير واليتيم، فكان ذوو الشغل والمرض يعطون المال مضاربة لمن يتجر به بجزء مسمى من الربح، فأقر رسول الله ﷺ ذلك في الإسلام وعمل به المسلمون عملاً متيقناً لا خلاف فيه، ولو وجد فيه خلاف ما التفت إليه؛ لأنه نقل كافة إلى زمن رسول الله ﷺ وعلمه بذلك، وقد خرج ﷺ في قراض بمال خديجة رضي الله عنها[4].

---

(١) الشركات في الفقه الإسلامي للأستاذ الخفيف ص ٢١.

(٢) المقدمات ٢:٣٠٥، وأحكام القرآن لابن العربي ٣:١٠٨٥.

(٣) البحر الزخار ٤:٨٠.

(٤) المحلى ٨:٢٤٧.

ومنها العمرى: فقد كانوا في الجاهلية يعطي الرجل الرجل الدار ويقول له: أعمرتك إياها، أي أبحتها لك مدة عمرك وحياتك، ومن هنا جاءت التسمية فهي مأخوذة من العمر[1]، فلما جاء الإسلام أقرها على النحو الذي نذكره عند الكلام عليها.

ومن العقود التي أقرها الإسلام مع إدخال بعض الإصلاحات عليها، عقد السلم، فقد روى الشيخان عن ابن عباس أنه قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث فقال: «من أسلف[2] في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[3].

ففي هذا الحديث إقرار لأهل المدينة على المعاملة التي كانت معروفة عندهم بالسلم بشرط أن يكون المسلم فيه معلوماً كيلاً أو وزناً، وأن يكون الأجل الذي يسلم إليه معلوماً أيضاً.

ومنها بيع الجزاف، فعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق، فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه»[4].

فهذا الحديث دليل على أن بيع الطعام جزافاً كان متعارفاً قبل الإسلام وأن المشتري كان يبيع ما اشتراه في مكانه الذي اشتراه فيه، فأقر النبي ﷺ المسلمين على ما كانوا عليه من بيع الجزاف بشيء من التعديل، هو أنه نهاهم أن يبيعوا ما اشتروه جزافاً قبل تحويله من مكانه.

---

(١) نيل الأوطار ٦:١١٩ و ١٢٠، والبحر الزخار ٤:١٤٣.

(٢) السلف هو السلم، وقد جاء في بعض روايات الحديث: أسلم، بدل: أسلف.

(٣) اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق فيه الشيخان ٢:١٨٢.

(٤) المنتقى من أخبار المصطفى ٥:٢٥٦.

المعاملات التي منعها الإسلام:

ومن المعاملات التي منعها الإسلام مع أنها كانت متعارفة وجائزة عند العرب، البيوع التي فيها غرر، وهي أنواع كثيرة نذكر منها.

١ ــ بيع حبل الحبلة.
٢ ــ بيع المضامين.
٣ ــ بيع الملاقيح
٤ ــ بيع المجر.
٥ ــ بيع عسب الفحل.
٦ ــ بيع الملامسة.
٧ ــ بيع المنابذة.
٨ ــ بيع الحصاة[1].

ومن هنا نستطيع أن نقرر، أن نظرة الفقه الإسلامي للغرر تختلف اختلافاً كلياً عن نظرة العرب في الجاهلية له.

• • •

(١) الموطأ ٥:٢٤، والمبسوط ١٢:١٩٤، والبحر الزخار ٣:٢٩٤ و ٢٩٧، وبداية المجتهد ٢:١٤٨، وكشاف اصطلاحات الفنون ص ١٢٩٦ و ١٣٨٢، ومفتاح الكرامة ٤:١٤٣. وقد تكلمنا عن هذه البيوع في أماكنها من الرسالة فليرجع إليها.

المبحث الثاني

الغرر في القانون الوضعي

تعريف عقد الغرر:

الغرر من الكلمات التي أصبح لها مدلول شرعي خاص بعد ورودها في حديث النهي عن بيع الغرر، وليس من الميسور وجود كلمة تقابلها وتؤدي نفس معناها في الشرائع والقوانين الأخرى[1] ولذا فلن نتوقع وجود تعريف لهذه الكلمة إلا في القوانين التي أخذتها عن الفقه الإسلامي كالقانون المصري، ولهذا سنذكر تعريف هذه الكلمة في القانون المصري.

يعرف الدكتور السنهوري العقد الاحتمالي بأنه:

«العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام

(١) يعبر في كتب القانون المصري عن عقد الغرر بالعقد الاحتمالي.
وفي القانون الفرنسي بـ : Contract aliatoire.
ويعبر عن الغرر في اللغة الإنجليزية بعدة كلمات منها:
Peril, danger, jeopard, hazard & risk.
انظر: Lane, Arabic English Lexicon.
ولكننا نجد من غير شك في كل قانون أحكاماً لمعاملات تدخل تحت الغرر نستطيع أن نتعرف منها وجهة نظر ذلك القانون إلى الغرر.

العقد القدر الذي أخذ أو القدر الذي أعطى»[1].

ويعرفه الدكتور عبد السلام ذهني بأنه: «العقد الذي لا يستطع فيه العاقدان وقت انعقاد العقد لا كلاهما ولا أحدهما معرفة مبلغ الفوائد أو الأضرار التي تعود منه»[2].

ويعرفه الدكتور محمد كامل مرسي بأنه: «العقد الذي يكون تقدير المقابل فيه موكولاً للحظ والمصادفة»[3].

ويعرفه الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت بأنه: «العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من منفعة»[4].

فالعقد الاحتمالي يكون فيه القدر الذي يأخذه أو يعطيه كل واحد من المتعاقدين ــ على رأي ــ أو أحد المتعاقدين ــ على رأي آخر ــ مجهولاً، ولا يعرف إلا في المستقبل، تبعاً لحدوث أمر غير محقق الوقوع ــ شرط ــ أو غير معروف وقت حصوله ــ أجل معين ــ

الأول كعقد التأمين، وعقد الرهان، وعقد المقامرة، فإن هذه العقود وإن تحدد فيها وقت العقد القدر الذي يعطيه المؤمن والمراهن والمقامر، إلا أن القدر الذي يأخذه لا يتحدد إلا تبعاً لأمر غير محقق الحصول، هو وقوع الحادثة المؤمن عليها، أو كسب الرهان، أو نجاح المقامرة، ومثله بيع الأشياء المستقبلة في بعض

(١) نظرية العقد للدكتور السنهوري: ١٤٠، والموجز له ص ٤٠، والمبسوط ١: ١٦٤، ومثله في المعنى تعريف الدكتور أنور سلطان: النظرية العامة للالتزام ١: ٤٩.

(٢) الالتزام للدكتور عبد السلام ذهني ص ٩٦.

(٣) شرح القانون المدني الجديد ١: ٣٣.

(٤) نظرية الالتزام في القانون المدني المصري للدكتور أحمد حشمت أبـي ستيت ص ٦٤، وهذا هو تعريف محكمة استئناف مصر (١٨ أبريل ١٩٤٨م، المحاماة ٣١، رقم ١٣٥، ص ٣٦٥). عن الوسيط للسنهوري ١: ١٦٤.

الحالات، كبيع الثمار قبل انعقادها، والزرع قبل نباته بثمن جزاف.

والثاني كالبيع بثمن يكون إيراداً مرتباً طول الحياة، فإن البائع يعرف وقت العقد القدر الذي أعطى، ولكنه لا يعرف القدر الذي أخذ، والمشتري يعرف القدر الذي أخذ، ولكنه لا يعرف القدر الذي أعطى، وهو الثمن الذي لا يتحدد إلا عند موت البائع، والموت أمر محقق الحصول ولكن وقته غير معروف[1].

هل يشترط في العقد الاحتمالي أن يكون الاحتمال فيه من الجانبين، أم يكفي أن يكون من جانب وحد؟

واضح من تعريف الدكتور السنهوري، وتعريف الدكتور أبـي ستيت: أن الاحتمال لا بد أن يكون متحققاً بالنسبة لكل من طرفي العقد، ليكون العقد من العقود الاحتمالية، في حين أن تعريف الدكتور عبد السلام ذهني لا يشترط ذلك، فيكفي على حسب تعريفه لكون العقد من العقود الاحتمالية، أن يتحقق الاحتمال بالنسبة لطرف واحد، أما تعريف الدكتور محمد كامل مرسي فقد تفادى ذكر هذه المسألة الخلافية.

والواقع أن هذا الخلاف نظري، فإنه لا يوجد عقد يكون فيه الاحتمال بالنسبة لأحد الطرفين دون الآخر، فالعقد إذا كان احتمالياً بالنسبة لأحد الطرفين يكون حتماً احتمالياً بالنسبة للطرف الآخر؛ لأنه إذا كان أحد الطرفين لا يستطيع أن يحدد مقدار ما يأخذ، فإن الطرف الآخر لا يستطيع حتماً أن يحدد مقدار ما يعطي.

ولكن أصحاب التعريف الثاني، يذهبون إلى أن العقد قد يكون احتمالياً بالنسبة لأحد الطرفين دون الآخر، ويمثلون له بعقد التأمين فإنه عقد احتمالي بالنسبة للمؤمن له، ومحدد بالنسبة للشركة؛ لأنها تستطيع أن تعرف على وجه

(١) نظرية العقد للسنهوري ص ١٤٠، والموجز له ١: ١٦٤، ونظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبـي ستيت ص ٦٤، والنظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان ١: ٤٩.

التقريب ما تعطيه، وما تأخذه في مجموع العقود التي بينها وبين المؤمن لهم.

وهذا تمثيل غير صحيح، فإن عقد التأمين احتمالي بالنسبة للشركة أيضاً إذا نظر إلى كل عقد بمفرده، وإن كانت العقود التي باشرتها الشركة في مجموعها تبعد عنصر الاحتمال، ولكن الواجب النظر إلى كل عقد على حدة[١].

هل العقد الاحتمالي خاص بعقود المعاوضات؟:

يذهب جمهور شراح القانون، إلى أن تقسيم العقد إلى عقد محدد، وعقد احتمالي ــ عقد غرر ــ لا يكون إلا في عقود المعاوضة، أما عقود التبرع فهي عقود محددة دائماً، وفي تعريف الدكتور محمد كامل مرسي، وتعريف الدكتور أبي ستيت ما يشير إلى هذا، ويخالفهم الأستاذ السنهوري في ذلك، فهو يرى أن عقد التبرع قد يكون احتمالياً ـ عقد غرر ـ إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد

---

(١) نظرية العقد للدكتور السنهوري ص ١٤٠، وشرح القانون المدني الجديد ١ :٣٤ للدكتور محمد كامل مرسي.

وهذا الاختلاف إنما جاء نتيجة تضارب في نصوص القانون المدني الفرنسي، فإن الفقرة الثانية من المادة ١١٠٤ منه تنص على ما يأتي: «فإذا كان المقابل بالنسبة إلى كل من المتعاقدين موكولاً إلى الحظ في الكسب أو في الخسارة تبعاً لحادث غير محقق كان العقد احتمالياً».

وتنص المادة ١٩٦٤ من نفس القانون على ما يأتي: «العقد الاحتمالي هو اتفاق تبادلي تتوقف آثاره فيما يتعلق بالمنافع والخسائر سواء بالنسبة إلى كل واحد أو أكثر منهم على حادث غير محقق، مثل عقد التأمين، عقد قرض المخاطرة، المقامرة، الرهان، عقد ترتيب مرتب مدى الحياة». شرح القانون المدني الجديد للدكتور محمد كامل مرسي ١ :٣٣.

والتعارض بين المادتين واضح، فالمادة ١١٠٤ تجعل الاحتمال بالنسبة لكل من المتعاقدين والمادة ١٩٦٤ تجعل الإحتمال بالنسبة لكل منهما أو بالنسبة لأحدهما. ومن رأى معظم الشراح تغليب المادة ١١٠٤ وهو ما مشى عليه الدكتور السنهوري على أن الخلاف كما بينا لا ثمرة له في الواقع.

وقت تمام العقد مقدار ما يأخذ، كما إذا وهب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته[١].

ويرجح الدكتور أنور سلطان رأي الجمهور، لأن العقد الاحتمالي يكون الاحتمال فيه في جانب كل من المتعاقدين، وهذا لا يتصور إلا إذا كان كل منهما دائناً ومديناً في آن واحد[٢].

وأرى ترجيح رأي الدكتور السنهوري؛ لأن الاحتمال في جانب كل من المتعاقدين متصور في عقود التبرعات أيضاً، فإن المثال الذي أورده الدكتور السنهوري الاحتمال فيه متحقق في الجانبين، فالموهوب له لا يستطيع أن يحدد مقدار ما يأخذ وقت العقد، وكذلك الواهب، لا يستطيع تحديد مقدار ما يعطي وقت العقد، وهناك أمثلة أخرى يتحقق فيها الاحتمال في الجانبين في عقد التبرع، من ذلك هبة الأشياء المستقبلة، كما إذا وهب شخص لآخر ما تثمره حديقته قبل انعقاد الثمر، فإن الواهب لا يستطيع أن يحدد مقدار ما يعطي وقت العقد، وكذلك الموهوب له لا يستطيع أن يحدد القدر الذي يأخذ وقت العقد.

تعريف القانونيين أخص من تعريف الفقهاء:

وواضح من هذه التعريفات أنها أخص من التعريف الفقهي الذي اخترته، فالغرر عند القانونيين لا يكون إلا في محل العقد وفي مقداره فقط، فهو يقابل إذن نوعاً واحداً من أنواع الغرر التي سأذكرها في القسم الثاني، هو الغرر الناشيء عن الجهل بمقدار المحل، أما سائر الأنواع فإنها لا تدخل في التعريف القانوني.

---

(١) النظرية العامة للالتزام للدكتور أنور سلطان ١ :٤٩، والوسيط ١: فقرة ٦٢، و ٧: فقرة ١٨.

(٢) النظرية العامة للالتزام ١ :٥٠.

والغرر عند جمهور القانونيين لا يكون إلا في عقود المعاوضة، وهو عند الفقهاء يكون في عقود المعاوضة، وغيرها.

الغرر في التقنين المدني المصري:

في التقنين المدني المصري باب بعنوان «عقود الغرر» هو الباب الرابع من الكتاب الثاني من القسم الأول، وهو ينتظم المقامرة، والرهان، والمرتب مدى الحياة، والتأمين، وقد كان عنوان هذا الباب في المذكرة الإيضاحية هكذا: «في العقود الاحتمالية» ولكن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ غيرت اصطلاح العقود الاحتمالية بعقود الغرر، وعللت ذلك: «بأنه يستعمل في الفقه الإسلامي لأداء المعنى ذاته[1]»، وهذا التعليل حق، فإن التعريف القانوني يتفق مع تعريف بعض الفقهاء[2]، ولكن القانون حصر عقود الغرر في أربعة عقود فقط: المقامرة، والرهان، والمرتب مدى الحياة، والتأمين، في حين أن عقود الغرر في الفقه الإسلامي تشمل هذه العقود الأربعة، كما تشمل غيرها من العقود.

• • •

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٥: ٣٠٠ هامش ١.

(٢) انظر تعريف ابن حزم ص ٣١.

الباب الثاني

النصوص الواردة في الغرر

الفصل الأول

الــقــرآن

بيان القرآن للأحكام:

الأحكام العملية التي تعرض لها القرآن أكثرها في العبادات: من صلاة وزكاة، وصوم، وحج، وفي الأحوال الشخصية: من زواج، وطلاق، وما يتعلق بهما، وميراث ووصية، أما المعاملات المالية، فإن القرآن لم يتعرض لها إلا في آيات معدودات.

فالبيع مثلاً، ورد ذكره في ثلاث آيات فقط:

آية ٢٧٥ من سورة البقرة: ﴿**... ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا وأحل الله البيع وحرم الربا...**﴾، وإية ٢٨٢ من سورة البقرة: ﴿**... وأشهدوا إذا تبايعتم...**﴾، وآية ٩ من سورة الجمعة: ﴿**... يأيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون**﴾.

وللقرآن طريقتان في بيان الأحكام، إحداهما تفصيلية جزئية، والأخرى كلية

عامة، أما الطريقة الأولى فيسلكها في المسائل الثابتة التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان، وهي واضحة في أحكام العبادات، والحدود، والزواج، والطلاق، والمواريث، وأما الطريقة الثانية فيسلكها في المسائل التي تتغير بتغير الزمان والمكان، وهي واضحة في أحكام المعاملات، فإن القرآن وضع لها أحكاماً عامة صالحة لكل زمان ومكان، وترك وضع أحكامها الجزئية للمجتهدين من الفقهاء في حدود الدائرة العامة التي رسمها لهم، وهذا ما سنشاهد في موضوعنا الذي نبحثه[1].

النصوص القرآنية الواردة في الغرر:

لم يرد في القرآن نص خاص في حكم الغرر، أو في حكم جزئية من جزئياته ولكن ورد نص فيه حكم تدخل تحته جميع الأحكام الجزئية التي ذكرها الفقهاء في الغرر المنهي عنه، هذا الحكم هو «تحريم أكل المال بالباطل»، فقد ورد النهي عن أكل المال بالباطل في الآية ١٨٨ من سورة البقرة»: **﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾**.

وفي الآية **٢٩** من سورة النساء: **﴿يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم. . .﴾** وفي الآية ١٦١ من سورة النساء: **﴿. . . وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل. . .﴾** وفي الآية **٣٤** من سورة التوبة: **﴿يأيها الذين آمنوا إن كثيراً من الأحبار والرهبان ليأكلون أموال الناس بالباطل. . .﴾**.

وقد ذهب المفسرون مذاهب عدة في تفسير كلمة الباطل، ولكنهم متفقون على أن الغرر المنهي عنه من الباطل.

(١) انظر المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٣٣، ط أولى.

يقول ابن العربي في تفسير قوله تعالى: **﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾**.

قوله تعالى: **﴿بالباطل﴾** يعني بما لا يحل شرعاً، ولا يفيد مقصوداً لأن الشرع نهى عنه، ومنع منه، وحرم تعاطيه كالربا، والغرر، ونحوهما. . .[1].

ويقول في موضع آخر وهو يتحدث عن أقسام البيع المنهي عنها:

«إن هذه الأقسام لا تخرج عن ثلاثة هي: الربا، والباطل، والغرر، ويرجع الغرر بالتحقيق إلى الباطل فيكون قسمين على الآيتين»[2] يريد آية النهي عن الربا: **﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾** وآية النهي عن أكل المال بالباطل: **﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾**.

الاستثناء في الآية:

ربما يقال: إن الاستثناء الذي في الآية الثانية: **﴿إلا أن تكون تجارة. . .﴾** يخرج بيع الغرر عن أكل المال بالباطل لأنه من التجارة؛ الحاصلة عن تراض، والتجارة الحاصلة عن تراض جائزة بنص هذه الآية، سواء قلنا: الاستثناء متصل، أم منقطع، لأنه إن كان الاستثناء متصلاً فالأمر ظاهر، لأن معنى الآية حينئذ:

«لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون الأموال تجارة عن تراض»، فتكون التجارة الواقعة عن تراض مستثناة من النهي عن أكل المال بالباطل، إذ كان أكل المال بالباطل قد يكون من جهة التجارة، ومن غير جهة التجارة فاستثنى التجارة، من الجملة، وبين أنها ليست من أكل المال بالباطل[3].

وإن كان الاستثناء منقطعاً، يكون المعنى: «لكن إن وقعت تجارة عن تراض

(١) أحكام القرآن ١: ٤١ ــ ٤٢.

(٢) المصدر السابق ١: ١٠٢ ــ ١١٣.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٢: ٢١٣.

فهو مباح»[1] كما يقول الجصاص، أو «لا تأكلوا أموال الناس بغير مقابل ولكن كلوها بالتجارة»[2] كما يقول الشيخ رشيد رضا.

الإجابة عن هذا الاعتراض تكون من ثلاثة وجوه.

الوجه الأول، ما يفهم من كلام الجصاص، وهو أن الآية ليست على عمومها وإنما هي مخصصة بما حرمه الله ورسوله من أنواع التجارة، وذلك حيث يقول في تفسير الآية:

وفيها إطلاق سائر التجارات، وهو عموم في جميعها لا إجمال فيها ولا شريطة، فلو خليناه وظاهره لأجزنا سائر ما يسمى تجارة، إلا أن الله تعالى قد خص منها أشياء بنص الكتاب، وأشياء بسنة الرسول ﷺ، فالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير وسائر المحرمات في الكتاب لا يجوز بيعها...

ونهى ﷺ عن بيع الغرر، وبيع العبد الآبق، وبيع ما لم يقبض، وبيع ما ليس عند الإنسان، ونحوها من البياعات المجهولة والمعقودة على غرر، جميع ذلك مخصوص من ظاهر قوله: إلا أن تكون تجارة الخ[3]..

والوجه الثاني، ما يفهم من كلام السيد رشيد رضا، وهو أن المستثنى في الآية، هو الربح الكثير الذي يكون برضا من المتبايعين من غير غش، فيكون الله استثنى التجارة من عموم الأموال التي يجري فيها الأكل بالباطل، أي بدون مقابل؛ لأن معظم أنواعها يدخل فيها الأكل بالباطل، فإن جعل عوض الشيء على قدره تماماً أمر عسير.

فالمراد من الاستثناء، التسامح بما يكون فيه أحد العوضين أكبر من الآخر

---

(١) المصدر السابق.

(٢) تفسير المنار ٥: ٤٢.

(٣) أحكام القرآن ٢: ٢١٣.

بسبب براعة التاجر، من غير غش، ولا خداع، ولا تغرير، وهذا من باطل التجارة الحاصلة بالتراضي وهو المستثنى[1].

والوجه الثالث، وهو ما هداني الله إلى فهمه من الآية، هو: أن التجارة التي أباحها الله في هذه الآية، هي التجارة التي لا باطل فيها، فمعنى الآية: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، ولكن كلوها بالتجارة التي لا باطل فيها، إذ من غير المقبول، أن ينهى الله في أول الآية عن أكل المال بالباطل، ويبيح في آخرها معاملة تتضمن أكل المال بالباطل، فكلمة تجارة ليست من العام الذي دخله التخصيص، كما يفهم من كلام الجصاص، وإنما هي من العام الذي أريد به الخصوص[2]. فالنهي عن التجارة التي فيها غرر ونحوه ليس تخصيصاً للتجارة المباحة في الآية؛ لأنه لم يدخل فيها، وإنما هو بيان للباطل المنهي عنه.

فبيع الغرر ونحوه يدخل في أكل المال بالباطل المنهي عنه، ولا يدخل في التجارة المباحة.

• • •

---

(١) تفسير المنار ٥: ٤٢.

(٢) العام الذي دخله التخصيص أو العام المطلق هو العام الذي لم يصحبه عند النطق به ما يدل على تخصيصه، وإنما خصص بدليل لاحق، أما العام الذي أريد به الخصوص فهو ما اقترن به ما يدل على أن المراد به الخصوص من أول الأمر، كما في هذه الآية، فإن النهي عن أكل المال بالباطل يدل على أن التجارة لا تشمل كل ما يسمى تجارة، وإنما يخرج منها التجارة التي تشتمل على أكل المال بالباطل. انظر أصول الفقه للأستاذ زكريا البرديسي ص ٤٠٤، وتفسير النصوص في الفقه الإسلامي للدكتور محمد أديب صالح ص ٦٥٥.

الفصل الثاني

السـنّـة

الأحاديث الواردة في الغرر:

وردت أحاديث كثيرة عن الغرر، منها ما تناوله بصفة عامة، ومنها ما تناول جزئياته، وسنبحث هنا القسم الأول، أما القسم الثاني فستتكلم عن كل حديث منه عند الكلام على الجزئية التي تناولها.

روى عن جمع من الصحابة أحاديث تتعلق ببيع الغرر، ننقلها فيما يلي مع بيان رواتها، وما قاله رجال الحدث فيها من حيث قبولها وعدمه، ثم نتبع ذلك بما يتصل بها من شرح.

١ ــ عن أبـي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر، وعن بيع الحصاة[١].

(١) السنن الكبرى ٥:٣٤٢ . قال البيهقي: رواه مسلم في الصحيح. وأورد هذا الحديث ابن تيمية في المنتقى بتقديم بيع الحصاة، وقال: رواه الجماعة إلا البخاري، المنتقى ٥:٢٤٣. والحديث في صحيح مسلم، بهذا اللفظ: «عن أبـي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر». صحيح مسلم بشرح النووي ٣:١٥٦. وفي سنن أبـي داود: «عن أبـي هريرة أن النبـي ﷺ نهى عن بيع الغرر، زاد عثمان: والحصاة». سنن أبـي داود ٣:٣٤٦. وفي سنن الترمذي: «عن أبـي هريرة قال: نهى

٢ ــ عن أبـي هريرة أن رسول الله ﷺ: نهى عن بيع الغرر[١].

٣ ــ عن ابن عمر: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر[٢].

٤ ــ عن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر[٣].

٥ ــ عن عامر الشعبـي قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر[٤].

٦ ــ عن سعيد بن المسيب: أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر[٥].

رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وبيع الحصاة». بتقديم بيع الغرر ومن دون «عن» قبل بيع الحصاة. قال الترمذي: وفي الباب عن ابن عمر، وابن عباس، وأبـي سعيد، وأنس. وفي سنن ابن ماجه عن أبـي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة». سنن ابن ماجه ٢:١٠ . وفي سنن النسائي: مثل ما في مسلم. سنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي ٨:٢٦٢، المطبعة المصرية بالأزهر، قال أبو عيسى: حديث أبـي هريرة حديث حسن صحيح، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم. كرهوا بيع الغرر، الجامع الصحيح للترمذي ٣:٥٣٢، ط مصطفى الحلبـي، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

(١) السنن الكبرى ٥:٣٣٧. قال البيهقي: «حديث أبـي هريرة أخرجه مسلم في الصحيح»، ولم أجده فيه بهذا اللفظ، وإنما الذي في مسلم هو ما أثبتناه في الحديث الأول، ولعل البيهقي تساهل في هذه النسبة إلى مسلم؛ لأن حديث أبـي هريرة الذي أخرجه مسلم يشمل النهي عن بيع الغرر.

(٢) السنن الكبرى ٥:٣٣٨. وأخرجه أيضاً أحمد وابن حبان، نيل الأوطار ٥:٢٤٤.

(٣) سنن ابن ماجه مع حاشية السندي ٢:١٠ .

(٤) رواه أبو يوسف عن ابن أبـي ليلى عن عامر، الخراج ص ٨٨.

(٥) السنن الكبرى ٥:٣٣٨، قال البيهقي: هذا الحديث مرسل وقد أخرجه بهذه الصيغة: «... أنبأنا مالك وغيره عن أبـي حازم أخبره عن سعيد بن المسيب...». ثم قال: وقد رويناه موصولاً من حديث الأعرج عن أبـي هريرة، ومن حديث نافع عن ابن عمر. السنن الكبرى ٥:٣٣٨. وهو في الموطأ: «مالك عن أبـي حازم بن دينار عن سعيد بن المسيب...». الموطأ بهامش المنتقى ٥:٤١.

٧ ــ عن علي قال: سيأتي على الناس زمان عضوض يعض الموسر على ما في يده، ولم يؤمر بذلك، قال الله تعالى: **﴿ولا تنسوا الفضل بينكم﴾**[١] **ويبايع المضطرون، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع المضطر، وبيع الغرر، وبيع الثمرة قبل أن تدرك**[٢].

٨ ــ عن عمران بن حصين مرفوعاً عند أبي بكر بن أبي عاصم: نهى عن بيع ما في ضروع الماشية قبل أن تحلب، وعن الجنين في بطون الأنعام، وعن بيع السمك في الماء، وعن المضامين وعن الملاقيح، وعن حبل الحبلة، وعن بيع الغرر[٣].

٩ ــ عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر[٤].

البخاري لم يرو حديث النهي عن بيع الغرر:

لم يروِ البخاري في صحيحه حديث النهي عن بيع الغرر، ولكن فيه باب

(١) سورة البقرة: الآية ٢٣٧.

(٢) سنن أبي داود ٣: ٣٤٧.

(٣) نيل الأوطار ٥: ٢٤٥.

(٤) نيل الأوطار ٥: ٣٤٥، في إسناد هذا الحديث يزيد بن زياد عن المسيب بن رافع عن عبد الله بن مسعود، وقد قال البيهقي عن هذا الحديث: «هكذا روى مرفوعاً وفيه إرسال بين المسيب وابن مسعود، والصحيح ما رواه هشيم عن يزيد موقوفاً على عبد الله ــ ورواه أيضاً سفيان الثوري، عن يزيد موقوفاً على عبد الله أنه كره بيع السمك في الماء. السنن الكبرى ٥: ٣٤٠، وقال الشوكاني بعد أن نقل جزءاً من كلام البيهقي: «وقال الدارقطني في العلل: اختلف فيه، والموقوف أصح، وكذلك قال الخطيب وابن الجوزي، ثم قال: وقد روى أبو بكر بن أبي عاصم عن عمران بن حصين حديثاً مرفوعاً، وفيه النهي عن بيع السمك في الماء فهو شاهد لهذا، نيل الأوطار ٥: ٢٤٣، انظر الحديث الثامن.

بعنوان: «باب بيع الغرر وحبل الحبلة» ذكر فيه حديث النهي عن بيع حبل الحبلة، وعن بيع المنابذة والملامسة[١].

قال العيني: فإن قلت: لم يذكر البخاري في الباب بيع الغرر صريحاً وذكره في الترجمة لماذا؟ قلت: لما كان في حديث الباب النهي عن بيع حبل الحبلة، وهو نوع من أنواع بيع الغرر، ذكر الغرر الذي هو عام، ثم عطف عليه حبل الحبلة، من عطف الخاص على العام، لينبه بذلك على أن أنواع الغرر كثيرة وإن لم يذكر منها إلا حبل الحبلة، ومن باب التنبيه بنوع ممنوع مخصوص معلول بعلة على كل نوع توجد فيه تلك العلة[٢].

وقال ابن حجر: ولم يذكر البخاري في الباب بيع الغرر صريحاً، وكأنه أشار إلى ما أخرجه أحمد. . . عن ابن عمر قال: نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر[٣].

الشـرح:

شرح هذه الأحاديث يتطلب بيان المسائل الآتية:

المسألة الأولى: معنى الغرر.

المسألة الثانية: معنى «بيع الغرر» وهل الإضافة فيه من إضافة المصدر إلى مفعوله، أو من إضافة الموصوف إلى صفته؟.

المسألة الثالثة: حكم العقد المنهي عنه.

المسألة الرابعة: قول الصحابي: «نهى النبي عن كذا».

أما المسألة الأولى: فقد بيناها في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول[٤]. وسنتكلم هنا عن المسائل الثلاث الباقية.

(١) صحيح البخاري ٣: ٧٠.

(٢) عمدة القاري ١١، ٢٦٤.

(٣) فتح الباري بشرح صحيح البخاري ٤، ٢٨٤.

(٤) ص ٣٥ ــ ٤٠.

المسألة الثانية: إضافة بيع إلى الغرر:

اختلف العلماء في إضافة بيع إلى الغرر ــ بيع الغرر ــ وهل هي من إضافة المصدر إلى مفعوله، أو من إضافة الموصوف إلى صفته.

يقول ابن تيمية عند كلامه عن بيع الشيء بقيمته: «فأما إذا باعه بقيمته وقت العقد، فهذا الذي نص أحمد على جوازه، وليس هذا من الغرر المنهي عنه، فإن بعض الفقهاء يظنون أن الغرر صفة للبيع نفسه، وأن النبي ﷺ نهى عن البيع الذي هو غرر، وليس كذلك بل نهى عن بيع المبيع الذي هو غرر، فالمبيع نفسه هو الغرر، كالثمرة قبل بدو صلاحها»[1].

فابن تيمية يرى أن الإضافة في «بيع الغرر» من إضافة المصدر إلى مفعوله.

وقد تبع ابن القيم ابن تيمية في تفسيره هذا حيث يقول:

بيع الغرر من إضافة المصدر إلى مفعوله، كبيع الملاقيح، والمضامين، والغرر هو المبيع نفسه، وهو فعل بمعنى مفعول، أي مغرور به، كالقبض والسلب بمعنى المقبوض والمسلوب»[2].

والذي أراه: أن الإضافة هنا من إضافة الموصوف إلى صفته، أو من إضافة المصدر إلى نوعه، ولا يصح جعلها من إضافة المصدر إلى مفعوله، كما يقول ابن تيمية؛ لأنه يترتب على هذا كون الغرر خاصاً بمحل العقد، وليس كذلك، فإن من الغرر المنهي عنه باتفاق الفقهاء ما يرجع إلى الصفة التي وقع عليها العقد، كبيع الحصاة، أما إذا جعلنا الإضافة من إضافة المصدر إلى نوعه، أو الموصوف إلى صفته، فإن النهي يعم كل بيوع الغرر. سواء أكان الغرر في محل العقد، أم في صيغته.

---

(١) نظرية العقد ص ٢٢٤ و ٢٢٧.

(٢) زاد المعاد ٤: ٢٦٦ ــ ٢٦٧.

معنى «بيع الغرر»:

وعلى هذا فمعنى «بيع الغرر» البيع الذي كثر فيه الغرر وغلب عليه حتى صار البيع يوصف ببيع الغرر[1]، لأن الشيء إذا كان متردداً بين معنيين لا يوصف بأحدهما دون الآخر إلا أن يكون أخص به وأغلب عليه[2].

المسألة الثالثة: حكم العقد المنهي عنه في الكتاب أو السنة:

القرآن والسنة لم يتعرضا للصحة والبطلان:

ليس في القرآن ولا في السنة حكم صريح على عقد من العقود بالصحة أو البطلان أو الفساد، كما نرى ذلك في كتب الفقه، وإنما فيهما الحكم بالحل والحرمة، كما فيهما النهي عن بعض العقود والوعيد بالعذاب لمن يفعل المنهى عنه، ولكن ما حكم هذا العقد المنهي عنه من حيث معاملات الأفراد؟ هل يترتب عليه أثره أم لا يترتب؟ هذا ما لا نجده في الكتاب والسنة، فما السر في ذلك؟.

يرى الدكتور محمد يوسف موسى: أن السبب في الاكتفاء بالنهي، دون الحكم بالفساد أو الصحة، هو التوسعة على الناس في معاملاتهم وتصرفاتهم، وتظهر هذه التوسعة في بحث الفقهاء، واختلافهم في حكم التصرف المنهي عنه من ناحية الفساد والصحة...[3].

وأضيف إلى هذا: أن التشريع الإسلامي يهتم بالجانب الأخلاقي، وهذا الاتجاه من القرآن والسنة إنما هو مظهر من مظاهر ذلك الاهتمام، فالشارع يأمر المسلمين بكل معاملة فيها خيرهم ويحلها لهم، وينهاهم عن كل معاملة فيها شر ويحرمها عليهم، ويطلب منهم امتثال ما أمروا به، واجتناب ما نهوا عنه، ليفلحوا

---

(١) المنتقى ٥: ٤١.

(٢) المقدمات الممهدات ٢: ٢٢١.

(٣) البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ص ١٤٧.

في الدنيا والآخرة، أما ما يترتب على المخالفة من فساد المعاملة، أو عدمه، فقد سكت الشارع عنه، اكتفاء ببيان الجانب الأهم، وفي ذلك إشارة إلى أنه هو الجانب الجدير بالاعتبار من المسلمين.

آراء الفقهاء فيما يقتضيه النهي:

القول المختار عند الأصوليين: أن صيغة النهي تدل على التحريم، ولا تستعمل في غيره إلا مجازاً[1] فهي تقتضي إثم من أقدم على العقد المنهي عنه دائماً، ولكن هل تقتضي فساد العقد المنهي عنه، أي هل تخرجه عن كونه سبباً مفيداً لحكمه أم لا؟ اختلف الفقهاء في هذا فذهب جماهير الفقهاء: إلى أن النهي عن عقد يقتضي فساده، فلا يترتب عليه أي أثر[2].

وحجتهم:

١ ــ قوله ﷺ: «من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد» والمردود ما ليس بصحيح ولا مقبول، ولا يخفى أن المنهي عنه ليس بمأمور، ولا هو من الدين، فكان مردوداً.

٢ ــ استدلال الصحابة على فساد العقود بالنهي، فمن ذلك احتجاج ابن عمر على فساد نكاح المشركات بقوله تعالى: ﴿**ولا تنكحوا المشركات...**﴾ ولم ينكر عليه منكر فكان إجماعاً.

ومنها احتجاج الصحابة على فساد عقود الربا بقوله تعالى: ﴿**وذروا ما بقي**

(١) أصول الفقه للأستاذ الخضري ص ٢٤٠، ط أولى. وانظر تفسير النصوص في الفقه الإسلامي للدكتور محمد أديب صالح ص ٨٧٩.

(٢) المستصفى ٢:٢٥. والإحكام للآمدي ٢:٢٧٥، ونسب الآمدي هذا القول إلى جماهير الفقهاء من أصحاب الأئمة الأربعة وإلى جميع أهل الظاهر وجماعة من المتكلمين. وأصول الفقه للخضري ص ٢٤٢، وفيه أن هذا رأي غير الحنفية. وانظر الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٤٧، والفروق ص ٧٠.

من الربا﴾ وبقوله ﷺ: ﴿**لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق...**﴾[1].

وذهب قوم إلى أن النهي إن كان نهياً عن العقد لعينه دل على الفساد، وإن كان لغيره فلا يدل على الفساد[2].

وذهب آخرون إلى أن النهي لا يقتضي الفساد، فالعقد المنهي عنه يترتب عليه حكمه مع كونه محرماً؛ لأن التحريم لا يضاده كون المحرم منصوباً علامة على حصول الملك مثلاً، فالتحريم يترتب عليه التعرض لعقاب الآخرة فقط دون تخلف الثمرات والأحكام[3].

وردوا دليل معارضيهم بأن كلمة «رد» الواردة في الحديث معناها غير مقبول طاعة وقربة، ولا شك أن المحرم لا يقع قربة، أما ألا يكون سبباً للحكم فلا.

وأما الاستدلال بالمناهي على الفساد فليس مجمعاً عليه، ورأى ابن عمر ومن معه يصح أن يتمسك به في التحريم والمنع، أما في الإفساد فلا[4].

المسألة الرابعة: هل يدل حديث النهي عن بيع الغرر على العموم؟

(١) الإحكام للآمدي ٢:٢٧٩، والمستصفى ٢:٢٥.

(٢) المستصفى ٢:٢٥، ونسب الشيخ الخضري هذا الرأي لجمهور المتكلمين، انظر كتابه أصول الفقه ص ٢٤٢.

(٣) المستصفى ٢:٢٤، والإحكام للآمدي ٢:٢٧٦، وفيه: «ان هذا اختيار المحققين من الشافعية. كالقفال وإمام الحرمين، والغزالي، وكثير من الحنفية، وبه قال جماعة من المعتزلة».
وانظر رأي الحنفية مفصلاً في أصول الفقه للخضري ص ٣٢١، وأحكام المعاملات للأستاذ الخفيف ص ٣٥٢، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور ص ٦٠٦ ــ ٦٠٨.

(٤) المستصفى ٢:٢٧، والآمدي ٢:٢٨١، وانظر تفصيل هذا الموضوع في تفسير النصوص في الفقه الإسلامي للدكتور محمد أديب صالح ص ٨٨٤ ــ ٩١٩.

اختلف الأصوليون في قول الصحابي نهى النبي ﷺ عن كذا، كما في حديث النهي عن بيع الغرر، هل يعم كل غرر أم لا؟ والذي عليه أكثر الأصوليين أنه لا عموم له؛ لأنه حكاية الراوي، والحجة في المحكى لا في قول الحاكي ولفظه، ولعل هذا الراوي رأي النبي ﷺ نهى عن فعل خاص لا عموم له، فيه غرر، فنقل صيغة العموم لظنه عموم الحكم، ويحتمل أنه سمع صيغة ظنها عامة، وليست عامة، ويحتمل أنه سمع صيغة عامة، وإذا تعارضت الاحتمالات لم يثبت العموم بالتوهم.

ويرى بعض الأصوليين أن مثل هذه الصيغة تدل على العموم، لأن الصحابي الراوي من أهل العدالة والمعرفة باللغة، فالظاهر أنه لم ينقل صيغة العموم إلا وقد سمع صيغة لا يشك في عمومها، لئلا يوقع الناس في ورطة الالتباس، واتباع ما لا يجوز اتباعه.

وحتى لو قدرنا أن الصحابي لم يكن قاطعاً بأن ما سمعه عن الرسول يدل على العموم، فإنه لا يمكن أن ينقله إلينا بصيغة العموم إلا وقد ظهر له العموم، والغالب إصابته فيما ظنه ظاهراً، فكان صدقه فيما نقله غالباً على الظن، ومهما ظن صدق الراوي فيما نقله عن النبي، وجب اتباعه[١].

وهذا هو الرأي الذي أختاره لقوة دليله.

الحكم الذي يستفاد من الأحاديث:

يؤخذ من هذه الأحاديث ثلاثة أحكام:

الحكم الأول: تحريم بيع الغرر.

وهذا الحكم لا أعلم فيه خلافاً إلا ما روى عن ابن سيرين وشريح من أنه يجوز بيع الغرر.

(١) الإحكام للآمدي ٢: ٣٧٢، والمستصفى ٢: ٦٦.

ابن سيرين لا يرى ببيع الغرر بأساً:

قال ابن حجر: روى الطبري عن ابن سيرين بإسناد صحيح قال: لا أعلم ببيع الغرر بأساً[١].

ويؤيد هذا ما رواه ابن المنذر عنه أنه قال: لا بأس ببيع العبد الآبق إذا كان علمهما فيه واحداً[٢].

قال ابن بطال: ولعله لم يبلغه النهي عن بيع الغرر[٣].

وروى ابن حزم عن. . . عن ابن سيرين عن شريح أنه كان لا يرى بأساً ببيع الغرر إذا كان علمهما فيه سواء[٤]. ولعل شريحاً لم يبلغه أيضاً النهي عن بيع الغرر.

الحكم الثاني: فساد عقد بيع الغرر، أي عدم ترتب أي أثر عليه على رأي جماهير العلماء.

الحكم الثالث: شمول التحريم والفساد لكل بيوع الغرر على الرأي الذي اخرته.

• • •

(١) فتح الباري ٤: ٢٨٤، ورواه أيضاً ابن حزم ٨: ٣٩٩.

(٢) فتح الباري ٤: ٢٨٤، والمحلى ٨: ٣٩٩، والمغني ٤: ٢٠٠.

(٣) فتح الباري ٤: ٢٨٤، وعمدة القاري ١١: ٢٦٥.

(٤) المحلى ٨: ٣٩٩.

القسم الثاني

أثر الغرر في العقود والشروط

تمهيد

تقسيم الغرر:

يمتاز فقهاء المالكية على سائر الفقهاء بالتوسع في الحديث عن الغرر، ومنهم من أفرد له باباً خاصاً، ووضع له قواعد وضوابط تجمع شتاته، وسنلخص ما قاله خمسة من هؤلاء الفقهاء في تقسيم الغرر، ثم نستخلص منها ومن استقرائنا لفروع الغرر الكثيرة التقسيم الذي نختاره، والذي سنسير على هداه في بحث موضوعات هذا الباب.

تقسيم الباجي للغرر:

يرى الباجي أن الغرر يتعلق بالبيع من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: من جهة العقد، ويمثل له بـ:

١ ــ بيعتين في بيعة.

٢ ــ بيع الحصاة.

٣ ــ بيع العربان.

الوجه الثاني: من جهة الأجل، وذلك بأن يكون الأجل مجهولاً أو بعيداً ويمثل للأجل المجهول بـ:

١ ــ البيع إلى موت فلان.

٢ ــ البيع إلى الميسرة.

٣ ــ البيع إلى أن يبيع المبيع وما أشبه ذلك.

الوجه الثالث: من جهة العوض، وذلك بأن يكون المبيع أو الثمن مجهول الصفة حين العقد، كشراء الأجنة واشتراطها.

ومن الجهالة في الثمن أن يبيعه السلعة بقيمتها أو بما يعطي فيها.

أو غير مقدور التسليم، كالعبد الآبق، والجمل الشارد، والسلم في ثمر حائط بعينه.

وقد يكون مقدوراً على تسليمه، ويكون الغرر فيه من أجل حاله، كالعبد أو غيره من الحيوان لمرض يمرض يخاف منه الموت[1].

تقسيم ابن رشد الجد:

ويرى ابن رشد أن الغرر الكثير المانع من صحة العقد يكون في ثلاثة أشياء:

أحدها: العقد، **والثاني**: أحد العوضين، **والثالث**: الأجل فيهما أو في أحدهما.

فأما الغرر في العقد فهو مثل نهي النبي ﷺ عن:

١ ـ بيعتين في بيعة.

٢ ـ وعن بيع العربان وما أشبه ذلك مما لا جهل فيه، وإنما حصل الغرر فيه بانعقاده بين المتبايعين على هذه الصفات.

٣ ـ وعن بيع الحصاة على أحد التأويلين.

٤ ـ ومن هذا المعنى بيع المكيل والجزاف في صفقة واحدة.

وأما الغرر في الثمن والمثمون أو في أحدهما، فإنه يكون بثلاثة أوجه: أحدها[2]: الجهل بصفة ذلك أو بمقداره.

(١) المنتقى ٥: ٤١ ـ ٤٢.

(٢) لم يرد في الكتاب غير هذا الوجه، وجاء بعد المثال الثالث عبارات لا تتفق مع ما قبلها مما يدل على أن في الكتاب نقصاً.

ومثل لجهل الصفة بـ:

١ ـ بيع الجنين في بطن أمه.

٢ ـ بيع الغائب على غير صفة.

٣ ـ بيع سلعة بدنانير من غير صفة، ونقد البلد مختلف.

وأما الغرر بالأجل في الثمن والمثمون فمثل له ببيع السلعة بثمن إلى قدوم زيد أو إلى موته، وبالسلم إلى قدوم زيد أو إلى موته[1].

تقسيم ابن رشد الحفيد:

ويرى ابن رشد أن الغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه:

١ ـ الجهل بتعيين المعقود عليه.

٢ ـ الجهل بتعيين العقد.

٣ ـ الجهل بوصف الثمن والمثمون.

٤ ـ الجهل بقدر الثمن والمثمون.

٥ ـ الجهل بأجل الثمن والمثمون.

٦ ـ الجهل بوجود الثمن والمثمون أو تعذر المقدرة عليه.

٧ ـ الجهل بسلامة الثمن والمثمون.

بيوع الغرر المنطوق بها:

ثم يقول: ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها، وبيوع مسكوت عنها، والمنطوق به أكثره متفق عليه، وإنما يختلف في شرح أسمائها، ويعد منها:

١ ـ بيع حبل الحبلة.

٢ ـ بيع ما لم يخلق.

(١) المقدمات الممهدات ٢: ٢٢٢ ـ ٢٢٤.

٣ ـ بيع الثمار حتى تزهر.

٤ ـ بيع الملامسة.

٥ ـ بيع المنابذة.

٦ ـ بيع الحصاة.

٧ ـ المعاومة.

٨ ـ بيعتين في بيعة.

٩ ـ بيعاً وسلفاً.

١٠ ـ بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود.

١١ ـ بيع المضامين.

١٢ ـ بيع الملاقيح.

١٣ ـ بيع الشروط والثنيا[١].

بيوع الغرر المسكوت عنها:

ويقول ابن رشد عن بيوع الغرر المسكوت عنها: إنها كثيرة ومختلف فيها، وإنه سيذكر منها ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار؛ ليكون كالقانون للمجتهد النظار في نفس الفقه، أي في رد الفروع إلى الأصول. ثم يذكر منها:

١ ـ بيع الغائب.

٢ ـ بيع الأعيان إلى أجل.

٣ ـ الدين بالدين.

٤ ـ ما يثمر بطوناً مختلفة.

٥ ـ المغيب في الأرض.

٦ ـ الجوز واللوز في قشره.

٧ ـ السمك في الغدير.

---

(١) بداية المجتهد ٢:١٤٨ ـ ١٦٥.

٨ ـ الآبق.

٩ ـ لبن الغنم أياماً معدودة.

١٠ ـ اللحم في جلده.

١١ ـ المريض.

١٢ ـ تراب المعدن والصواغين.

١٣ ـ الجزاف[١].

تقسيم القرافي:

ويرى القرافي أن الغرر والجهالة، يقعان في سبعة أشياء:

١ ـ الوجود كالآبق قبل الإباق[٢].

٢ ـ الحصول إن علم الوجود كالطير في الهواء.

٣ ـ الجنس كسلعة لم يسمها.

٤ ـ النوع كعبد لم يسمه.

٥ ـ المقدار كالبيع إلى مبلغ رمى الحصاة.

٦ ـ التعيين كثوب من ثوبين مختلفين.

٧ ـ البقاء كالثمار قبل بدو صلاحها[٣].

وزاد في التهذيب اثنين:

٨ ـ الأجل.

٩ ـ الصفة[٤].

---

(١) بداية المجتهد ٢:١٤٨ و ١٥٥ و ١٥٩.

(٢) هكذا في الفروق والتهذيب، ولم أتبين معنى «قبل الإباق». ولعل صحة العبارة: المعلوم الصفة قبل الإباق.

(٣) الفروق ٣:٢٦٥.

(٤) تهذيب الفروق ٣:٢٧١.

تقسيم ابن جزى:

أما ابن جزى فيجعل الغرر الممنوع في البيع عشرة أنواع:

النوع الأول: تعذر التسليم، ويمثل له بـ:

١ ــ البعير الشارد.

٢ ــ بيع الجنين في البطن دون بيع أمه.

٣ ــ بيع الأم واستثناء الجنين في بطنها.

٤ ــ بيع ما لم يخلق كبيع حبل الحبلة.

٥ ــ بيع المضامين.

النوع الثاني: الجهل بجنس الثمن أو المثمون، ويمثل له بقول البائع «بعتك ما في كمي...».

النوع الثالث: الجهل بصفة أحدهما: ويمثل له بـ:

١ ــ بعتك ثوباً من منزلي.

٢ ــ بيع شيء من غير تقليب ولا وصف.

النوع الرابع: الجهل بمقدار احدهما ويمثل له بـ:

١ ــ بعت منك بسعر اليوم، أو بما يبيع الناس، أو بما يقول فلان.

٢ ــ بيع القمح في سنبله أو في تبنه.

٣ ــ بيع تراب الصاغة.

النوع الخامس: الجهل بالأجل، ويمثل له بـ:

١ ــ بعتك إلى قدوم زيد أو إلى موت عمرو.

النوع السادس: بيعتان في بيعة.

النوع السابع: بيع ما لا ترجى سلامته. ويمثل له بالمريض في السياق.

النوع الثامن: بيع الحصاة.

النوع التاسع: بيع المنابذة.

النوع العاشر: بيع الملامسة[١].

التقسيم المختار:

نظرت في تقسيم فقهاء المالكية للغرر، وتتبعت الفروع الكثيرة للغرر عندهم، وعند غيرهم فخرجت منها بتقسيم يكون ــ بتوفيق الله ــ بمثابة الأصول التي ترد إليها جميع فروع الغرر.

وهذا هو التقسيم الذي اخترته:

١ ــ الغرر في صيغة العقد ويشمل:

١ ــ بيعتين في بيعة وصفقتين في صفقة.

٢ ــ بيع العربان.

٣ ــ بيع الحصاة.

٤ ــ بيع المنابذة.

٥ ــ بيع الملامسة.

٦ ــ العقد المعلق والعقد المضاف.

٢ ــ الغرر في محل العقد. ويتفرع هذا القسم إلى الفروع الآتية:

١ ــ الجهل بذات المحل.

٢ ــ الجهل بجنس المحل.

٣ ــ الجهل بنوع المحل.

٤ ــ الجهل بصفة المحل.

٥ ــ الجهل بمقدار المحل.

٦ ــ الجهل بأجل المحل.

٧ ــ عدم القدرة على تسليم المحل.

(١) القوانين الفقهية ص ٢٤٧ ــ ٢٤٩.

٨ ــ التعاقد على المعدوم.

٩ ــ عدم رؤية المحل.

ولنشرع في بيان هذه الأقسام، جاعلين عقد البيع أساساً لموضوعنا؛ لأنه الأصل الذي ورد النهي عن الغرر فيه، وهو العقد الذي يمكن أن توجد فيه تطبيقات لكل الأقسام، ثم أتناول من العقود الأخرى ما يتطلب الموضوع الحديث عنه.

• • •

الباب الأول

أثر الغرر في عقد البيع

الفصل الأول

الغرر في صيغة العقد

ونعني بالغرر في الصيغة: أن العقد انعقد على صفة تجعل فيه غرراً، أي أن الغرر يتصل بنفس العقد لا بمحله، فإذا قال شخص لآخر: بعتك داري هذه بألف جنيه إن باع لك فلان داره، فإن هذا بيع غرر؛ لأنه مستور العاقبة، ولكن الغرر فيه لا يتعلق بمحل العقد، وإنما يتعلق بذاته، فإن كلاًّ من البائع والمشتري لا يدري هل يتم البيع أم لا يتم، ومرد هذا إلى الصفة التي انعقد بها العقد، وهي تعليقه على أمر محتمل الحصول.

والحديث في هذا الفصل يتناول ستة مباحث:

• • •

المبحث الأول

بيعتان في بيعة، وصفقتان في صفقة

(أ) بيعتان في بيعة[1]

النصوص: السنَّة:

١ ـ عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن لبستين، أن يشتمل أحدكم الصماء في ثوب واحد، أو يحتبي بثوب ليس بينه وبين السماء شيء[2].

٢ ـ عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة[3].

---

(١) «بيعتان» بكسر الباء على معنى الهيئة، ويجوز الفتح كما في فتح الباري، أما «بيعة» فإنها بفتح الباء لا غير: نهاية المحتاج ٣:٤٣٣.

(٢) رواه أحمد، مسند الإمام أحمد ٢:٤٣٢، وجاء هذا الحديث في ص ٤٧٥ هكذا: «. . . ويحتبي بثوب واحد. . .» معطوفاً بالواو وزيادة «واحد».
وجاء في ص ٥٠٣ هكذا: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة وعن لبستين وأن يحتبي أحدكم في ثوب وليس بين فرجه وبين السماء شيء، وعن الصماء اشتمال اليهود، ووصف لنا محمد جعلها من أحد جانبيه ثم رفعها».

(٣) أخرجه الترمذي والنسائي. قال أبو عيسى: حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم. الجامع الصحيح للترمذي ٣:٥٣٣، وسنن النسائي ٧:٢٩٥، ونيل الأوطار ٥:٢٤٨ ـ ٢٤٩.

٣ ـ عن مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة[1].

٤ ـ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف، وعن ربح ما لم يضمن، وعن بيع ما ليس عندك[2].

٥ ـ عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ، مطل الغني ظلم، وإذا أحلت على مليء فاتّبِعْه، ولا بيعتين في واحدة[3].

٦ ـ عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: من باع بيعتين في بيعة فله أوكسهما، أو الربا[4].

ما يستفاد من الأحاديث:

تدل الأحاديث الخمسة الأولى على تحريم بيعتين في بيعة، وعلى فساد العقد، أما الحديث السادس فغير مقبول؛ للكلام في أحد رواته.

آراء الفقهاء:

اتفق الفقهاء على القول بموجب أحاديث النهي عن بيعتين في بيعة، فمنعوا

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٥:٣٦.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده في موضعين مع اختلاف بالتقديم والتأخير وقال الشيخ أحمد محمد شاكر: إسناده صحيح. مسند الإمام أحمد ٢:١٧٤ و ١٧٥ و ٢٠٥، ومنتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥:٢٥٢ و ٢٨٣.

(٣) أخرجه أحمد، مسند الإمام أحمد ٢:٧١، وأخرجه أيضاً الدارقطني وابن عبد البر، نيل الأوطار ٥:٢٤٩، وبداية المجتهد ٢:١٥٣، قال في مجمع الزوائد، ورجال أحمد رجال الصحيح مجمع الزوائد ٤: ٨٥.

(٤) رواه أبو داود. منتقى الأخبار ١٠:٢٤٨، سنن أبي داود ٣:٣٧٣.
في إسناد هذا الحديث محمد بن عمرو بن علقمة، وقد تكلم فيه غير واحد: نيل الأوطار ٥:٢٤٩.

أن يبيع الشخص بيعتين في بيعة(١)، ولكنهم اختلفوا في تفسير هذه الكلمة أعنى في الصور التي يطلق عليها هذا الاسم والتي لا يطلق عليها، ولهم في ذلك عدة تفاسير:

التفسير الأول:

هو أن يقول البائع: بعتك هذه السلعة بعشرة نقداً، وبخمسة عشر إلى سنة، فيقول المشتري: قبلت، من غير أن يعين بأي الثمنين اشترى.

وهذا تفسير لمالك، قال في الموطأ في رجل ابتاع سلعة من رجل بعشرة دنانير نقداً، أو بخمسة عشر ديناراً إلى أجل، قد وجبت للمشتري بأحد الثمنين: إنه لا ينبغي ذلك.

وقال في رجل اشترى من رجل سلعة بدينار نقداً، أو بشاة موصوفة إلى أجل، قد وجب عليه البيع بأحد الثمنين: إن ذلك مكروه لا ينبغي؛ لأن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة، وهذا من بيعتين في بيعة(٢).

وهو أحد تفسيري الشافعي فقد قال: هو أن يقول: بعتك بألف نقداً، أو ألفين إلى سنة، فخذ أيهما شئت أنت، وشئت أنا(٣).

وهو تفسير النسائي فقد قال: بيعتان في بيعة، هو أن يقول: أبيعك هذه السلعة بمائة درهم نقداً، وبمائتي درهم نسيئة(٤).

---

(١) بداية المجهد ٢:١٥٣.

(٢) الموطأ ٥:٣٩، والمدونة ٩:١٥١، وقد نسب ابن قدامة هذا التفسير لمالك، والثوري، وإسحق ولكنه لم يذكر: «قد وجبت للمشتري بأحد الثمنين» المغني ٤:٢٣٤، وروى مالك في الموطأ أن القاسم بن محمد سئل عن البيع بالصورة الأولى فكرهه ونهى عنه.

(٣) نيل الأوطار ٥:٢٤٨ ــ ٢٤٩، والمجموع ٩:٣٢١ ــ ٢٤٢، وفي سبل السلام ٣:١٦: «فأيهما شئت أخذت به»، وفي نهاية المحتاج ٣:٤٣٣: «فخذ بأيهما شئت أنت أو شئت أنا أو شاء فلان...».

(٤) سنن النسائي ٧:٢٩٥.

وهو تفسير الشيعة الزيدية، ففي البحر الزخار: «بيعتان في بيعة، هو بيع سلعة بكذا نقداً، أو بكذا نسيئة»(١).

وهو أحد التفاسير التي ذكرها ابن حزم(٢).

هذا، ولا خلاف بين الفقهاء في منع هذه الصورة من البيع إذا كان البيع واجباً، أي إذا كان البيع قد لزم المشتري بأحد الثمنين على الإبهام، وافترقا على ذلك(٣).

أما إذا افترقا على أحد البيعين، النقد أو النسيئة، بأن قال المشتري: اشتريت بخمسة عشر إلى سنة فإن البيع صحيح.

قال الترمذي: وقد فسر بعض أهل العلم بيعتين في بيعة بأن يقول: «أبيعك هذا الثوب بنقد بعشرة، وبنسيئة بعشرين، ولا يفارقه على أحد البيعين، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على أحد منهما(٤)».

وأما إذا لم يكن البيع لازماً في أحدهما، وافترقا على أنهما بالخيار، أو على أن أحدهما بالخيار فأجازه مالك؛ لأنه من باب الخيار عنده(٥).

علة المنع على هذا التفسير:

علة المنع عند بعض الفقهاء، هي الغرر الناشىء عن الجهل بمقدار الثمن،

---

(١) البحر الزخار ٣:٣٢٣.

(٢) المحلى ٩:١٥.

(٣) بداية المجتهد ٢:١٥٤، ونيل الأوطار ٥:٢٤٩، والحنفية يجعلون هذه الصورة من باب «شرطين في بيع» الأصل ص ٩١.

(٤) الجامع الصحيح ٣:٥٣٣.

(٥) بداية المجتهد ٢:١٥٤، والمدونة ٩:١٥١، ونيل الأوطار ٥:٢٤٩، وانظر المنتقى ٥:٣٩ ــ ٤٠، فقد ذكر فيه تفصيلاً للمالكية.

فإنه لا يدري وقت تمام العقد هل الثمن عشرة مثلاً، أو خمسة عشر؟ وقد صرح بهذا الشيرازي حيث يقول: «وإن قال بعتك بألف نقداً وبألفين نسيئة فالبيع باطل؛ لأنه لم يعقد على ثمن بعينه فهو كما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين»[1].

وصرح بها الشوكاني فقال: «والعلة في تحريم بيعتين في بيعة، عدم استقرار الثمن في صورة بيع الشيء الواحد بثمنين. . .»[2].

ويقول ابن رشد: وعلة امتناع هذا الوجه عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن، فهو عندهما من بيوع الغرر التي نهى عنها[3].

ولكن مالكاً يعلل المنع: «بأن المشتري إن أخر العشرة كانت خمسة عشر إلى أجل، وإن نقد العشرة كان إنما اشترى بها الخمسة عشر التي إلى أجل»[4] فعلة المنع عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا؛ لأنه يمكن أن يكون الذي له الخيار قد اختار أولاً إنفاذ البيع بأحد الثمنين المؤجل أو المعجل، ثم بدا له فلم يظهر ذلك وعدل إلى الثمن الآخر، فيكون كأنه باع أحد الثمنين بالثاني، فيدخله ثمن بثمن نسيئة، أو نسيئة ومتفاضلاً[5].

التفسير الثاني:

هو أن يبيع الرجل سلعة لآخر على أن يبيعه الآخر سلعة أخرى، كأن

---

(١) المهذب ١:٢٦٦. هذه الصورة من البيع التي ذكرها الشيرازي اختلف الفقهاء في جوازها، وسيأتي الكلام عنها في خيار التعيين، انظر ص١٧٩ وما بعدها.

(٢) نيل الأوطار ٥:٢٥٠.

(٣) بداية المجتهد ٢:١٥٤.

(٤) الموطأ ٥:٣٩.

(٥) بداية المجتهد ٢:١٥٤، ومع تصريح مالك بعلة المنع هذه فإن من فقهاء المالكية من علل المنع بالجهل بالثمن حال البيع، انظر الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٥١. وهذا أولى عندي، لأنه تعليل ظاهر، أما تعليل مالك فيستند إلى احتمال بعيد.

يقول له: بعتك هذه الدار بألف على أن تبيعني سيارتك هذه بخمسمائة.

هذا تفسير آخر للشافعي، قال في الأم: «ولا خير في أن أبيعك تمراً بعينه أو موصوفاً بكذا على أن تبتاع مني تمراً بكذا، وهذا بيعتان في بيعة»[1].

وقال الترمذي: قال الشافعي: «ومن معنى نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة، أن يقول: أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري، وهذا يفارق عن بيع بغير ثمن معلوم، ولا يدري كل واحد منهما على ما وقعت عليه الصفقة»[2].

ولا فرق بين أن يكون البيع الثاني من المشتري أو من غيره، كأن يقول: بعتك داري بكذا على أن يبيعني فلان داره بكذا، أو على أن تشتري مني أو يشتري مني فلان كذا بكذا[3].

وهو تفسير الحنفية[4].

وهو تفسير الحنابلة أيضاً، قال ابن قدامة: «وإذا قال: بعتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا لم ينعقد البيع، لأنه شرط في العقد أن يصارفه بالثمن الذي وقع العقد به، والمصارفة عقد بيع فيكون «بيعتان في بيعة»، قال أحمد: هذا معناه».

وهكذا كل ما كان في معنى هذا، مثل أن يقول: بعتك داري هذه على أن أبيعك داري الأخرى بكذا، أو على أن تبيعني دارك[5].

---

(١) الأم ٣:٦٧.

(٢) الجامع الصحيح للترمذي ٣:٥٣٣، وانظر نيل الأوطار ٥:٢٤٩، وبداية المجتهد ٢:١٥٣، وفتح القدير ٥:٢١٨.

(٣) نهاية المحتاج ٣:٤٣٣.

(٤) المبسوط ١٣:١٦، وفتح القدير ٥:٢١٨، ويعتبر الحنفية التفسير الأول من باب النهي عن شرطين في بيع، الأصل ص ٩١.

(٥) المغني ٤:٢٣٣ ــ ٢٣٤.

وهو أحد تفاسير ابن حزم[١].

علة المنع على التفسير الثاني:

يعلل الشافعي المنع هنا بجهالة الثمن، قال في الأم: «ولا خير في أن أبيعك تمراً بعينه، ولا موصوفاً بكذا على أن تبتاع مني تمراً بكذا، وهذان بيعتان في بيعة؛ لأني لم أملك هذا بثمن معلوم، إلا وقد شرطت عليه في ثمنه ثمناً لغيره، فوقعت الصفقة على ثمن معلوم، وحصة في الشرط في هذا البيع مجهولة، وكذلك وقعت في البيع الثاني، والبيوع لا تكون إلا بثمن معلوم»[٢].

فالثمن في كل من البيعتين مجهول؛ لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد، فالأصل عند الشافعي في رد بيعتين في بيعة هو جهل الثمن[٣].

وعلل الشوكاني المنع بالتعليق بالشرط المستقبل[٤].

التفسير الثالث:

هو أن يسلفه ديناراً في قفيز حنطة إلى شهر، فلما حل الأجل وطالبه بالحنطة قال: بعني القفيز الذي لك عليّ إلى شهرين بقفيزين، فصار ذلك بيعتين في بيعة، لأن البيع الثاني قد دخل على الأول.

وهذا ما في شرح السنن لابن رسلان[٥].

---

(١) المحلى ٩:١٥.
(٢) الأم: ٣:٦٧.
(٣) بداية المجتهد ٢:١٥٣.
(٤) نيل الأوطار ٥:٢٥٠.
(٥) نيل الأوطار ٥:٢٤٩.

هذا تفسير بعيد عن معنى بيعتين في بيعة، ولهذا فإنه لا يدخل في التفسير الذي اخترته[١].

وعلة المنع على هذا التفسير هي الربا[٢].

التفسير الرابع:

وفسر الباجي بيعتين في بيعة بتفسير عام نسبه إلى الفقهاء فقال: «وقال الفقهاء في معنى بيعتين في بيعة: «أن يتناول عقد البيع بيعتين على ألا تتم منهما إلا واحدة مع لزوم العقد».

ومثل لذلك، بما إذا تبايعا هذا الثوب بدينار، وهذا الثوب الآخر بدينارين، على أن يختار أحدهما أي الثوبين، وقد لزمهما ذلك أو لزم أحدهما[٣].

علة المنع على التفسير الرابع:

المنع في هذه الصورة من باب سد الذرائع عند مالك، لأنه يقدر عليه أنه قد أخذ أحد الثوبين بالدينار، ثم تركه وأخذ الثوب الآخر ودفع دينارين، فصار إلى أن باع ثوباً وديناراً بثوب ودينارين، وذلك لا يجوز على أصل مالك[٤].

---

(١) انظر ص١٠٩.
(٢) نيل الأوطار ٥:٢٥٠.
(٣) المنتقى ٥:٣٦.
منع عبد العزيز بن أبي سلمة البيع بهذه الصفة إذا كان بنقدين مختلفين، وجوزه إذا كان بنقد واحد، كما في هذا المثال، المصدر السابق، وقال ابن رشد: إن هذا البيع جائز عنده سواء أكان النقد واحداً أم مختلفاً، بداية المجتهد ٢:١٥٤، وفيه أن المنع هو رأي الجميع. وانظر المقدمات الممهدات ٢:٢٣٧ والشرح الكبير للدردير ٣:٥١، وهذا البيع يدخل في خيار التعيين الجائز عن الحنفية، وسيأتي الكلام عنه.
(٤) المنتقى ٥:٣٦ وبداية المجتهد ٢:١٥٤.

والمنع عند غيره للغرر[1]؛ لأن المتبايعين افترقا على بيع غير معلوم.

بيع أحد ثوبين من صنف واحد بثمن واحد:

هذا ولا يدخل في «بيعتين في بيعة» عند المالكية ما إذا باعه أحد هذين الثوبين بدينار على أن يختار أحدهما، وقد لزمهما ذلك أو لزم البائع، وذلك لأن معنى بيعتين في بيعة، أن تكون كل واحدة من البيعتين مقصودة لجنسها، مختصة كل واحدة منهما بغرض غير غرض الأخرى، وذلك موجود فيما إذا اختلف الثمنان، أو اختلف المبيعان لاختلاف جنسهما، أو لتباين الجودة التي لا يتساوى معها الثمن، أما إذا تساوى الثمنان وتساوت الجودة، أو تقاربت تقارباً يكون في معنى التساوي، فإنه لا تختص كل واحدة من البيعتين بغرض، فلم تكن بيعة[2].

والضابط عند المالكية أنه متى اختلف أحد العوضين بالجنس أو القدر المقصود، أو بالنقد والتأجيل فهو من معنى بيعتين في بيعة المنهي عنه[3].

صـور أخـرى مـن بيعتين فـي بيعـة:

ابتع لي هذه السلعة بنقد حتى ابتاعها منك إلى أجل:

ومن الصور التي أدخلها بعض الفقهاء في بيعتين في بيعة، أن يطلب الرجل من الرجل أن يشتري له سلعة بنقد؛ ليشتريها منه إلى أجل.

وقد كان عبد الله بن عمر ينهى عن هذا البيع، فقد روى مالك في الموطأ: «أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل: ابتع لي هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل،

(١) بداية المجتهد ٢: ١٥٤، وانظر مبحث الجهل بذات المحل.

(٢) المنتقى ٥: ٣٧، وما ذكرته هو أحد احتمالين أوردهما الباجي لتبرير جواز البيع بهذه الصورة، والاحتمال الآخر هو أن هذه الصورة من بيعتين في بيعة، لكنها جازت لخلوها من الغرر، والقول بالجواز هو الأظهر في مذهب المالكية، لأن مالكاً يجيز الخيار بعد عقد البيع في الأصناف المستوية لقلة الغرر، وفي كتاب محمد قال مالك: لا خير فيه.

(٣) المنتقى ٥: ٤٠، وانظر الشرح الكبير للدردير ٣: ٥١.

فسأل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه»[1].

وقد ذكر مالك هذه المسألة في باب بيعتين في بيعة، فكأنه يرى أن ابن عمر يعتبرها داخلة فيما نهى عنه من بيعتين في بيعة.

قال الباجي: «ولا يمتنع أن يوصف بذلك من جهة أنه انعقد بينهما أن المبتاع للبعير بالنقد إنما يشتريه على أنه قد لزم مبتاعه بأجل بأكثر من ذلك الثمن، فصار قد انعقد بينهما عقد بيع تضمن بيعتين، إحداهما الأولى وهي بالنقد، والثانية المؤجلة[2].

شراء الثوب بنقد وبيعه لبائعه بأجل:

ومنها ما إذا اشترى رجل من آخر ثوباً بمائة نقداً على أن يبيعه له بمائة وخمسين إلى أجل، فإن ذلك لا يجوز بإجماع؛ لأنه من باب العينة[3].

التفسير المختار:

والتفسير المختار عندي أن يقال: بيعتان في بيعة، هو أن يتضمن العقد الواحد بيعتين، سواء أكان على أن تتم واحدة منهما، كما في: بعتك هذه السلعة بألف نقداً، وبألفين إلى أجل، أم على أن تتم البيعِتان معاً كما في: بعتك داري بألف على أن يبيعني فلان سيارته بخمسمائة؛ لأنه المعنى الذي يشمل كل الصور التي يحتملها لفظ الحديث.

(١) الموطأ ٥: ٣٨.

(٢) المنتقى ٥: ٣٨. وتدخل هذه المسألة في «بيع ما ليس عنده» لأن المشتري بالنقد قد باع إلى المشتري بالأجل السلعة قبل أن يملكها كما تدخل في «بيع العينة»، لأن هذا البيع يتضمن سلفاً بزيادة، لأن البائع يشتري السلعة بعشرة نقداً على أن يبتاعها منه المشتري بعشرين إلى أجل. قال الباجي: والعينة فيها أظهر. المنتقى ٥: ٣٩.

(٣) بداية المجتهد ٢: ١٥٤ وأورد هذا المثال ابن رشد في «بيعتين في بيعة».

وعلة المنع على هذا هي الغرر في العقد، فإن الذي يبيع داره على أن يبيعه فلان سيارته لا يدري، هل يتم البيع أم لا؛ لأن تمام البيع الأول متوقف على تمام البيع الثاني، والذي يبيع السلعة بألف نقداً وبألفين نسيئة لا يدري أي البيعتين تتم، فالغرر في الحالين موجود، إما في حصول البيع كما في الصورة الأولى، وإما في تعيينه كما في الصورة الثانية، وواضح أن الغرر هنا يرجع إلى صيغة العقد لا إلى محله.

ولا يمنع هذا التعليل الذي اخترته من أن تكون هناك علة أخرى لمنع العقد، فإن العقد قد يمنع لأكثر من علة، فقد رأينا بعض الفقهاء يعلل المنع في صورة من صور بيعتين في بيعة بالغرر، وبعضهم يعلله في نفس الصورة بالربا[1]، كما أن الغرر قد يدخل العقد من أكثر من باب، فقد رأينا بعض الفقهاء يعلل المنع في بعض الأمثلة بالغرر في صيغة العقد، وبعضهم يعلله في نفس المثال بالغرر الناشىء عن الجهل بالثمن، وقد اخترت الاتجاه الذي يجعل العلة هي الغرر في صيغة العقد، لأنه يعم جميع الصور.

(ب) صـفـقـتـان في صـفـقـة

١ ــ عن سماك، عن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، عن أبيه قال: نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة[2].

---

(١) الواقع أن المنع في بيعتين في بيعة لا يخرج عن هاتين العلتين، الغرر والربا.

(٢) رواه أحمد وأخرجه أيضاً البزار والطبراني في الكبير والأوسط. منتقى الأخبار ٥:٢٤٨، ومسند الإمام أحمد ١:٣٩٨، ولفظ الطبراني في الأوسط: قال رسول الله ﷺ: «لا تحل صفقتان في صفقة»، ولفظه في الكبير: «الصفقة بالصفقتين ربا»، وهو موقوف، نيل الأوطار ٥:٢٤٩، ومجمع الزوائد ٤:٨٤. قال في مجمع الزوائد: رجال أحمد ثقات. مجمع الزوائد ٤:٨٤. ولكن البزار أعل بعض طرقه ورجح وقفه، وبالوقف رواه أبو نعيم وأبو عبيد القاسم بن سلام.. فتح القدير ٥:٢١٨.

يدل هذا الحديث على تحريم صفقتين في صفقة، وعلى فساد العقد.

معنى صفقتين في صفقة:

فسر سماك[1] صفقتين في صفقة، بأن يبيع الرجل البيع فيقول: هو بنسا بكذا وكذا، وهو بنقد بكذا وكذا[2].

وهو أيضاً تفسير أبي عبيد القاسم بن سلام فقد قال: صفقتان في صفقة أن يقول الرجل للرجل: أبيعك هذا نقداً بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه[3].

وهذا هو عين التفسير الأول[4] الذي فسر به بعض الفقهاء بيعتين في بيعة.

الفرق بين «بيعتين في بيعة» و «صفقتين في صفقة»:

لا يفرق بعض شراح الحديث بين «صفقتين في صفقة» و «بيعتين في بيعة»؛ فالشوكاني يقول: «ومعنى صفقتين في صفقة بيعتان في بيعة»[5].

وهذا ليس بصحيح؛ فإن «بيعتين في بيعة» أخص من «صفقتين في صفقة»؛ لأنه في نوع خاص من الصفقات هو البيع[6]، أما صفقتان في صفقة فإنه يشمل البيع وغيره من الصفقات، فيدخل فيه الجمع بين عقدين في عقد واحد أياً كان نوع العقدين، فالجمع بين البيع والإجارة، أو البيع والإعارة أو البيع والزواج، والجمع بين البيع والسلف، أو البيع والشرط، كل ذلك ونحوه من صفقتين في صفقة.

هل يتناول النهي كل ما يصدق عليه لفظ صفقتين في صفقة؟

---

(١) سماك هو أحد رواة حديث النهي عن صفقتين في صفقة.

(٢) مسند الإمام أحمد ١:٣٩٨.

(٣) فتح القدير ٥:٢١٨.

(٤) ص١٠٢.

(٥) نيل الأوطار ٥:٢٥٠.

(٦) فتح القدير ٥:٢١٨.

لفظ الحديث عام، ولكني لا أعلم أحداً أخذ بعمومه، فمنع كل ما يصدق عليه صفقتين في صفقة، فالفقهاء جميعاً متفقون على أن المنهي عنه، الجمع بين بعض الصفقات، ولكنهم يختلفون في تحديد تلك الصفقات[1]. وسنبين فيما يلي بعض صور صفقتين في صفقة، وخاصة ما ورد فيها نص لنتبين منها وجهة نظر الفقهاء في تطبيق الحديث فنتكلم عن:

سلف وبيع، وبيع وشرط، وشرطين في بيع:

(أ) سلف وبيع

١ ـ ... حدثني عمرو بن شعيب، حدثني أبـي، عن أبيه قال:

ذكر عبد الله بن عمرو قال: قال رسول الله ﷺ: لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك[2].

---

(١) المالكية يمنعون الجمع بين كل عقدين بينهما تضاد، ولذلك نصوا على أنه لا يصح الجمع بين البيع وبين أحد العقود الستة، وهي الجعالة، والمساقاة، والقراض، والصرف، والشركة، والنكاح، وذلك لأن الثلاثة الأولى تصح مع الغرر والجهالة، والبيع لا يقبل الغرر. الفروق ٣:١٤٢، وتهذيب الفروق ٣:١٧٧. والحنفية يكادون يأخذون بعموم الحديث.

(٢) أخرجه أحمد، وأبو داود، والترمذي، والنسائي. هذه رواية أحمد، وعند أبـي داود والترمذي والنسائي «حتى» بدل «قال». مسند الإمام أحمد ٢:١٧٨ ـ ١٧٩، وسنن أبـي داود ٣:٣٨٤، والترمذي ٣:٥٣٥، وسنن النسائي ٧:٢٩٥ مع اختلاف يسير في اللفظ، ونيل الأوطار ٥:٢٥٢. وأخرجه ابن حبان والحاكم بلفظ: «لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع». نيل الأوطار ٥:٢٥٣ و ٢٨٣. الحديث صححه ابن خزيمة. وقال الترمذي: حسن صحيح. نيل الأوطار ٥:٢٥٢ و ٢٨٣، والجامع الصحيح للترمذي ٣:٥٣٦. وأخرج هذا الحديث الإمام أحمد عن طريق آخر بلفظ: «... عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن سلف وبيع، وعن بيعتين في بيعة، وعن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن». مسند الإمام أحمد ٢:٢٠٥، ونيل الأوطار ٥:٢٥٢.

٢ ـ عن مالك أنه بلغه أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع[1] وسلف[2].

وتفسير بيع وسلف كما يقول مالك: «أن يقول الرجل للرجل: آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا»[3].

يؤخذ من هذه الأحاديث عدم جواز الجمع بين بيع وسلف، وقد حكى ابن رشد اتفاق الفقهاء على ذلك، وقال ابن قدامة لا أعلم فيه خلافاً[4].

(ب) شرطان في بيع

ورد النهي عن شرطين في بيع مع النهي عن سلف وبيع في حديث واحد وقد ذكرنا هذا الحديث عند الكلام عن سلف وبيع[5].

معنى شرطين في بيع:

قيل في تفسير شرطين في بيع: هو أن يقول البائع: بعتك هذه السلعة بألف نقداً، أو بألفين نسيئة.

وهذا تفسير البغوي، وهو مروى عن زيد بن علي وأبـي حنيفة[6]، ومثله عند أبـي حنيفة، ما لو باعه إلى أجلين، بأن يقول: هو إلى أجل كذا بكذا وكذا، وإلى أجل كذا بكذا وبكذا، ويفترقان على هذا[7].

---

(١) هكذا وردت في الموطأ بتقديم بيع على سلف.

(٢) الموطأ بهامش المنتقى ٥:٢٩.

(٣) المصدر السابق.

(٤) بداية المجتهد ٢:١٦٢، وانظر فيه آراء الفقهاء إذا ترك الشرط قبل القبض، والمغني ٤:٢٩٠.

(٥) انظر ص ١١٢.

(٦) نيل الأوطار ٥:٣٧٣، والأصل ص ٩١.

(٧) الأصل ص ٩١ و ١١٨، أما إذا ساومه إلى أجلين، ثم قاطعه على واحد منهما فأمضى البيع فهو جائز.

وقيل هو أن يقول: بعتك ثوبي بكذا وعلى قصارته وخياطته[١].

وهذا التفسير أظهر من الأول، وفيه زيادة فائدة؛ لأن التفسير الأول هو عين ما تقدم في تفسير بيعتين في بيعة، وفي تفسير صفقتين في صفقة[٢].

قال الشوكاني: اتفق العلماء على عدم صحة البيع الذي فيه شرطان[٣].

واعترض على من جوز الشرط الواحد في البيع، ومنع الشرطين بأن الشرط الصحيح، ينبغي ألا يؤثر في البيع وإن كثر، فإذا جاز أن يشتري الشخص ثوباً ويشترط خياطته أو قصارته فلم لا يجوز أن يشتري الثوب ويشترط خياطته وقصارته معاً؟.

رد بأن في الشرط الواحد غرراً يسيراً، وفي الشرطين غرراً كثيراً، ولا يلزم من احتمال الغرر اليسير احتمال الغرر الكثير[٤].

(ج) بيـع وشـرط

عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: قال نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط[٥].

(١) نيل الأوطار ٥:٢٨٣.

(٢) انظر ص ٨١، و ٩١.

(٣) نيل الأوطار ٥:٢٨٤.

(٤) الشرح الكبير على المقنع ٤:٥٣.

(٥) رواه عبد الحق في أحكامه: الحطاب ٤:٣٧٣، ورواه أبو حنيفة، وقال ابن رشد: روى عن أبي حنيفة أنه روى أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط. بداية المجتهد ٢:١٦٠. قال ابن عرفة: لا أعرف هذا الحديث إلا من طريق عبد الحق. الحطاب ٤: ٣٧٣. وقال ابن قدامة المقدسي. حديث النهي عن بيع وشرط ليس له أصل، وقد أنكره أحمد، ولا نعرفه مروياً في مسند، فلا يعول عليه. الشرح الكبير على المقنع ٤:٥٣، وقال في مجمع الزوائد: وفي طريق عبد الله بن عمرو مقال. مجمع الزوائد ٤:٨٥.

وقد اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً في العمل بهذا الحديث، وذلك لورود أحاديث أخرى تعارضه، فأخذ به الحنفية والشافعية في الجملة، ولم يأخذ به الحنابلة، وأخذ به المالكية في موضعين، أحدهما الشرط الذي يناقض مقتضى العقد، والثاني الشرط الذي يعود بخلل في الثمن[١].

ونذكر فيما يلي مثالين لاجتماع البيع والشرط وآراء الفقهاء فيهما:

أحدهما: ما إذا باع شخص سلعة واشترط شرطاً فيه منفعة له، كما إذا باع داراً على أن يسكنها شهراً.

فهذا البيع لا يجوز عند الحنفية؛ لأن هذا من صفقتين في صفقة، فإنه إما أن يكون إجارة في بيع إذا كانت السكنى يقابلها شيء من الثمن، أو يكون إعارة في بيع إذا كانت السكنى لا يقابلها شيء من الثمن[٢].

ولا يجوز البيع مع هذا الشرط عند الشافعية أيضاً؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد؛ ولما روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط[٣].

ويجوز عند المالكية أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر، وقيل السنة؛ لأن هذا شرط فيه منفعة يسيرة للبائع لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع، والشرط الذي يكون بهذه الصفة جائز عندهم عملاً بحديث جابر[٤].

(١) بداية المجتهد ٢:١٦، والمبسوط ١٣:١٣، والحطاب ٤:٣٧٣، والمهذب ١:٢٦٨، والشرح الكبير على المقنع ٤:٤٩.

(٢) فتح القدير ٥:٢١٧، وفي هذا البيع شرط فاسد، لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد العاقدين، فيفسد به البيع. وانظر المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٥٠،

(٣) المهذب ١:٢٦٨، ونهاية المحتاج ٣:٤٣٣ و ٥٨.

(٤) بداية المجتهد ٢:١٦١.

والحنابلة كالمالكية يجيزون بيع الدار مع شرط السكنى مدة معلومة، فالأصل عندهم أن اشتراط البائع نفع المبيع مدة معلومة جائز، ولكني لم أر للحنابلة تقييداً بالمدة اليسيرة، كما فعل المالكية، وإن كانوا يمثلون بالسكنى شهراً وسنة.

وحجتهم في هذا حديث جابر، كالمالكية[1].

ثانيهما: ما إذا اشترى شخص سلعة وشرط شرطاً فيه منفعة له، كما إذا اشترى ثوباً على أن يخيطه البائع قميصاً.

إذا اشترى شخص ثوباً على أن يقطعه البائع، ويخيطه قميصاً، فالبيع فاسد عند الحنفية؛ لأن الخياطة يقابلها شيء من الثمن، فهو شرط إجارة في بيع، فيكون من صفقتين في صفقة[2].

والبيع فاسد أيضاً عند الشافعية، لما روى أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط، ولأنه شرط ينافي مقتضى العقد[3]. وهو جائز عند المالكية على أصل مذهبهم.

وجائز أيضاً عند الحنابلة، قال ابن قدامة المقدسي: «ويصح أن يشترط المشتري نفع البائع في المبيع، مثل أن يشتري ثوباً ويشترط على بائعه خياطته قميصاً... أو حزمة حطب ويشترط حملها إلى موضع معلوم»[4].

(١) الشرح الكبير على المقنع ٤: ٤٩، وفيه أن هذا قول الأوزاعي، وأبي ثور، وإسحاق وابن المنذر.

(٢) فتح القدير ٥: ٢٢١، والشرط الذي في هذا البيع شرط فاسد، لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة أحد العاقدين فيفسد البيع. وقد ذكر الكمال أن هذا البيع فاسد بإجماع الأئمة الأربعة. وهو خلاف الصواب.

(٣) المهذب ١: ٢٦٨، ونهاية المحتاج ٣: ١٤٣ و ٥٨.

(٤) الشرح الكبير على المقنع ٤: ٤٩.

وعلة المنع: في كل هذه المسائل هي الغرر، يفتتح ابن رشد كلامه عن «بيوع الشروط والثنيا» بقوله: وهذه البيوع، الفساد الذي يكون فيها هو راجع إلى الفساد الذي يكون من قبل الغرر، ولكن لما تضمنها النص وجب أن تجعل قسماً من أقسام البيوع الفاسدة على حدة[1].

تعدد الصفقة في القانون الروماني:

كان العقد في القانون الروماني في مراحله الأولى تسوده البساطة التامة، فكان لا يشتمل إلا على صفقة واحدة، ولا ينشىء إلا حقاً واحداً، وبقدر تعدد الصفقات والحقوق كان من الواجب أن تتعدد العقود.

فلا يجوز أن يجتمع حق عيني وحق شخصي في عقد واحد. فإذا أراد المولى أن يعتق عبده، وأراد في الوقت ذاته أن يخدمه العبد بعد العتق، لا يستطيع أن يجمع في عقد واحد بين العتق واشتراط الخدمة، بل كان عليه أن يعتق العبد بتصرف قانوني قائم بذاته غير مقترن بشرط، ثم يشترط عليه الخدمة في عقد آخر متميز عن التصرف الذي تضمنه الإعتاق.

ولا يجوز أيضاً أن يجتمع حقان عينيان في عقد واحد، فإذا أراد المالك أن ينقل ملكية عقاره إلى شخص آخر، على أن ينشىء لمصلحته حق ارتفاق على هذا العقار لا يستطيع أن ينقل ملكية العقار كاملة، ويشترط في العقد نفسه إنشاء حق الارتفاق، بل كان ينقل حق الملكية منقوصاً منه حق الارتفاق.

وكذلك لا يجوز أن يجتمع حقان شخصيان في عقد واحد، كبيع وإيجار أو بيع وقرض، ذلك أن الصناعة القانونية كانت تقضي بأن يكون لكل عقد صيغة خاصة لا ينعقد إلا بها، وكان يراد بذلك تبسيط التعاقد، فلا تجتمع صفقات متعددة في عقد واحد، حتى لا يتعقد التعامل[2].

(١) بداية المجتهد ٢: ١٥٩.

(٢) روح القانون الروماني لاهرنج، تلخيص الدكتور السنهوري في مصادر الحق ٣: ١٦٠ ـ ١٦٢.

ويرى اهرنج أن الصناعة القانونية المهذبة في نظام قانوني محكم تقتضي في مراحلها الأولى تبسيط الفكرة القانونية عن طريق التقسيم والتحليل، وأول مبادىء هذا التبسيط هي الوحدة: الوحدة في الدعوى والوحدة في التصرف القانوني، ذلك أن أولى ضرورات الصناعة القانونية هي الاستقرار وثبات التعامل، ثم إن حاجات الحياة تقتضي التجديد والتطور، فيجب التوفيق ما بين الاستقرار والثبات من جهة، والتجديد والتطور من جهة أخرى، ومبدأ الوحدة يهيىء الفرصة لهذا التوفيق، فالوحدة ترسم دعائم الاستقرار والثبات، ثم هي تصلح أساساً صلباً يقوم عليه بناء شامخ من التجديد والتطور[١].

ويقول الدكتور السنهوري: إن فكرة وحدة الصفقة في العقد الواحد، لم يخلص منها أي نظام قانوني مهذب في مراحله الأولى من التطور، ويرى أن الفقه الإسلامي استغنى بهذه الفكرة وأمثالها كفكرة اللفظية، وفكرة مجلس العقد ــ عن الشكلية في العقود، تلك الشكلية التي بدأت في القانون الروماني رسوماً وأوضاعاً ساذجة، وجاءت في الفقه الإسلامي ضروباً من الشكلية أكثر تهذيباً[٢].

ويأخذ الدكتور السنهوري من وجود فكرة تعدد الصفقة في الفقه الإسلامي دليلاً على أنه لم ينقل عن القانون الروماني، كما يقول بعض المستشرقين، ذلك لأن الفقه الإسلامي لو نقل عن القانون الروماني ما رأينا لفكرة تعدد الصفقة فيه أثراً، بل لرأيناه أغفلها كما أغفلها القانون الروماني عندما وصل إلى المرحلة التي قيل أن الفقه الإسلامي نقل عنه فيها، ولكن على النقيض من ذلك، نرى الفقه الإسلامي لا سيما المذهب الحنفي متأثراً بهذه الفكرة كل التأثر مما يقطع في أنه تطور تطوراً مستقلاً بعيداً عن القانون

(١) مصادر الحق ٣: ١٥٤.
(٢) المصدر السابق ٣: ١٥٣.

الروماني واجتاز مثله مراحل التطور نفسها دون أن يتأثر به[١].

وأرى أن مسلك الفقه الإسلامي يحقق استقرار المعاملات، بتقريره مبدأ منع تعدد الصفقة وجعله الأصل، وهو في نفس الوقت لا يحول دون التطور المنشود للمعاملات؛ وذلك لأن منع تعدد الصفقة يرجع إلى نظرية الغرر، وهي نظرية قابلة للتطور بطبيعتها، ثم إن النص الذي ينهى عن تعدد الصفقة نص عام، وقد رأينا اتفاق الفقهاء على عدم الأخذ بعمومه، واختلافهم فيما يصدق عليه، وهذا يفتح المجال للاجتهاد في تطبيق النص، وإذا انفتح باب الاجتهاد في المسألة فقد أصبحت قابلة للتطور بما يحقق المصلحة في الحدود المرسومة للاجتهاد.

• • •

(١) المصدر السابق ٣: ١٥٤ و ١٦٧

المبحث الثاني

بيـع العـربـان[١]

النصوص: السنّة:

١ — يحيى عن مالك عن الثقة عنده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العربان[٢].

(١) العربان والعربون بضم العين، والعربان والعربون بفتح العين والراء، وتبدل العين همزة، أعجمي معرب، يقال أعرب في بيعه وعربن إذا أعطى العربون، القاموس المحيط والمصباح.

(٢) رواه مالك في الموطأ ، الموطأ بهامش المنتقى ٤:١٥٧. هذا الحديث ضعفه جماعة من رجال الحديث منهم الإمام أحمد. المغني ٤:٢٣٣. وقال النووي: مثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا، ولا عند جماهير العلماء. المجموع شرح المهذب ٩:٣٣٤. والضعف يدخل هذا الحديث من وجهين: الأول: إبهام الثقة الذي رواه عنه مالك. الثاني: رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. فقد ذهب قوم إلى ترك الاحتجاج بها: منهم أبو داود، وابن حبان، وابن عدي، وابن معين في رواية عنه. قال ابن حبان: إن أراد جده عبد الله فشعيب لم يلقه، فيكون منقطعاً، وإن أراد محمداً فلا صحبة له، فيكون مرسلاً.
وقال ابن معين: رواية عمرو عن أبيه عن جده كتاب ووجادة، فمن هنا جاء ضعفه؛ لأن التصحيف يدخل على الراوي من الصحف، ولذا تجنبها أصحاب الحديث.
وصحح الحديث جماعة آخرون، وقالوا عن المطعن الأول: إن سند الحديث وإن كان

٢ — عن زيد بن أسلم أنه سئل رسول الله ﷺ عن العربان في البيع فأحله. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه[١].

ضعيفاً لإبهام الثقة الذي رواه عنه مالك إلا أن الحديث في ذاته صحيح لمعرفة هذا الثقة، فقد قال ابن عبد البر: الأشبه أنه ابن لهيعة. وقال ابن عدي: ويقال إن مالكاً سمع هذا الحديث عن ابن لهيعة.
وقالوا عن المطعن الثاني ـ رواية عمروبن شعيب عن أبيه عن جده ـ: المراد بجده عبد الله الصحابي لا محمد التابعي، وسماع شعيب عن عبد الله ثابت، وهو الذي رباه لما مات أبوه محمد.
قال في تدريب الراوي: وذهب آخرون إلى الاحتجاج بها ـ رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ـ وهم أكثر المحدثين وهو الصحيح المختار الذي عليه المحققون من أهل الحديث مسند الإمام أحمد بشرح الأستاذ أحمد محمد شاكر ١١:١٣، وتدريب الراوي ص ٢٢١، وصحيح الترمذي بشرح ابن العربي ٣:١٣٧.
وقد روى حديث النهي عن بيع العربان من طرق أخرى، فقد رواه ابن عدي من طريق قتيبة بن سعيد: حدثنا ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب . . . إلخ.
قال الأستاذ أحمد محمد شاكر هذا إسناد صحيح متصل خلافاً لما زعم البيهقي أن ابن لهيعة لا يحتج به، وأن الأصل في هذا الحديث مرسل مالك.
ورواه أيضاً الدارقطني في غرائب مالك عن طريق الهيثم بن اليمان: حدثنا مالك عن عمرو بن الحرث عن عمرو بن شعيب . . . إلخ.
الهيثم ضعفه أبو الفتح الأزدي، ولا عبرة بتضعيفه إذا انفرد به، والحديث إسناده جيد فقد قال أبو حاتم في الهيثم: «صالح»، هكذا في شرح الأستاذ أحمد محمد شاكر على مسند الإمام أحمد، وفي نيل الأوطار: «صدوق». وعمرو بن الحرث بن يعقوب الأنصاري الذي رواه عنه مالك ثقة معروف. شرح مسند الإمام أحمد ١١:١٣، ونيل الأوطار ٥:٢٥٠.

(١) نيل الأوطار ٥:٢٥٠. هذا الحديث مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن يحيى وهو ضعيف. وقال ابن رشد: قال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله ﷺ. وقال ابن عبد البر: ولا يصح ما روى عن رسول الله ﷺ من إجازته. نيل الأوطار ٥:١٥١، والزرقاني على الموطأ ٢:٩٩.

معنى بيع العربان:

بيع العربان أو العربون هو: أن يشتري الرجل السلعة ويدفع للبائع مبلغاً من المال، على أنه إن أخذ السلعة، يكون ذلك المبلغ محسوباً من الثمن، وإن تركها فالمبلغ للبائع.

وهذا التفسير اتفق عليه جميع الفقهاء.

قال مالك في الموطأ: «وذلك ـ أي بيع العربان ـ فيما نرى والله أعلم أن يشتري الرجل العبد أو الوليدة، أو يتكارى الدابة ثم يقول للذي اشترى منه أو تكارى منه: أعطيك ديناراً أو درهماً، أو أكثر من ذلك، أو أقل، على أني، إن أخذت السلعة، أو ركبت ما تكاريت منك، فالذي أعطيك هو من ثمن السلعة أو من كراء الدابة، وإن تركت ابتياع السلعة أو كراء الدابة فما أعطيتك لك باطل بغير شيء»[1].

وقال ابن قدامة: والعربون في البيع هو: أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهماً، أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع[2].

وقال المرتضى: بيع العربون، هو دفع الشيء إلى البائع على أنه إن تم البيع فمن الثمن، وإلا فهبة[3].

وقال الرملي: بيع العربون، أن يشتري سلعة ويعطيه دراهم مثلاً وقد وقع

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٤:١٥٧، قال الحطاب: وما فسر به مالك العربان هو ما عليه فقهاء الأمصار.
(٢) المغني ٤:٢٣٢.
(٣) البحر الزخار ٣:٢٩٥.

الشرط في صلب العقد على أنه إنما أعطاه لتكون من الثمن إن رضي السلعة وإلا فهبة[1].

تكييف البيع مع دفع العربون:

يتبين من تعريف بيع العربون، أنه بيع يثبت فيه الخيار للمشتري، فإذا أمضى البيع كان العربون جزءاً من الثمن، وإذا رد البيع فقد العربون، فهو خيار شرط يقابله شيء من المال في حال الرد، وهذا الخيار للمشتري فقط، أما البائع فإن العقد لازم بالنسبة له لا يستطيع رده كما يتبين أيضاً أنه خيار غير محدد بزمن.

حكم بيع العربون:

اختلف الفقهاء في حكم بيع العربون، فمنعه الحنفية، والمالكية، والشافعية والشيعة الزيدية، وأبو الخطاب من الحنابلة، وروى المنع عن ابن عباس والحسن[2].

وقال ابن رشد والشوكاني: المنع قول الجمهور[3].

وأجازه الإمام أحمد، وروى الجواز عن عمر وابنه، وعن جماعة من التابعين منهم مجاهد، وابن سيرين، ونافع بن الحارث، وزيد بن أسلم[4].

أدلة المانعين:

استدل المانعون لبيع العربان بما يأتي:

١ ــ حديث النهي عن بيع العربان.

(١) نهاية المحتاج ٣:٤٩٥. أما إذا لم يقع الشرط في نفس العقد بأن قاله قبله ولم يتلفظا به حال العقد فالبيع صحيح. المجموع شرح المهذب ٩:٢٣٥.
(٢) المنتقى ٤:١٥٧، ونهاية المحتاج ٣:٤٥٩، والبحر الزخار ٣:٢٩٥، والمغني ٤:٢٣٣.
(٣) بداية المجتهد ٢:١٦٢، ونيل الأوطار ٥:٢٥١.
(٤) المغني ٤:٢٣٢ ــ ٢٣٣، وبداية المجتهد ٢:١٦٣، والزرقاني ٢:٩٩، والقرطبي ٥:١٥٠.

٢ ـ في بيع العربان غرر.

قال ابن رشد الجد: «ومن ذلك ـ أي من الغرر المنهي عنه ـ نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربان». وقال أيضاً: «الغرر الكثير المانع من صحة العقد يكون في ثلاثة أشياء، أحدها العقد، والثاني أحد العوضين، والثالث الأجل فيهما، أو في أحدهما، فأما الغرر في العقد فهو مثل، نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة، وعن بيع العربان»[١].

وفي بداية المجتهد، وإنما صار الجمهور إلى منعه؛ لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض[٢].

وقد ورد التعليل بالغرر وأكل المال بالباطل في كثير من كتب المالكية.

٣ ـ فيه شرطان مفسدان للعقد، شرط الهبة وشرط رد العقد إذا لم يرض المشتري به[٣] وعلل المنع في البحر الزخار والمغني بأن فيه اشتراط شيء للبائع بغير عوض، وزاد في المغني، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول، فإنه اشترط أن له رد المبيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال: ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهم[٤].

أدلة المجوزين:

استدل المجوزون لبيع العربون بما يأتي:

١ ـ حديث زيد بن أسلم[٥].

(١) المقدمات الممهدات ١:٢٢١ ـ ٢٢٢.
(٢) بداية المجهد ٢:١٦٣. وانظر أيضاً تفسير القرطبي ٥:١٥٠.
(٣) نهاية المحتاج ٣:٤٥٩ ـ ٤٦٠.
(٤) البحر الزخار ٣:٢٩٥، والمغني ٤:٢٣٣.
(٥) انظر ص١٢١.

٢ ـ ما روى عن نافع بن الحارث، أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية، فإن رضي عمر، وإلا فله كذا وكذا.

قال الأثرم: قلت لأحمد: تذهب إليه؟ قال: أي شيء أقول؟ هذا عمر رضي الله عنه[١].

٣ ـ القياس على ما قاله سعيد بن المسيب وابن سيرين، من أنه لا بأس إذا كره المشتري السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً، فقد قال الإمام أحمد: هذا في معناه[٢].

وإني أرجح المنع لقوة دليله، فإن حديث النهي أكثر رجال الحديث يصححونه، وحديث الجواز أكثرهم يرده، والغرر في بيع العربون متحقق، وما اعتمد عليه المجوزون من أقوال بعض الصحابة والتابعين لا يقوى على معارضة أدلة المانعين.

صور من البيع تشبه بيع العربون وليست منه:

١ ـ قد يدفع المشتري للبائع مبلغاً من المال، على أنه إن أمضى البيع احتسبه من الثمن، وإن لم يمضه أخذ ما دفعه.

البيع بهذه الصورة صحيح؛ لأن الغرر الذي فيه مغتفر، فهو بيع بالخيار قدم فيه جزء من الثمن.

قال الباجي: وأما العربان الذي لم ينه عنه، فهو أن يبتاع منه ثوباً أو غيره بالخيار، فيدفع إليه بعض الثمن مختوماً عليه إن كان مما لا يعرف بعينه، على أنه إن رضي البيع كان من الثمن، وإن كره رجع إليه ذلك، لأنه ليس فيه خطر يمنع صحته، وإنما فيه تعيين للثمن أو بعضه[٣].

(١) المغني ٤:٢٣٣.
(٢) المصدر السابق.
(٣) المنتقى ٤:١٥٨.

وقال الحطاب: قال مالك: وأما من اشترى شيئاً وأعطى عرباناً على أنه إن رضيه أخذه، وإن سخطه رده وأخذ عربانه فلا بأس به[1].

٢ ــ قد يدفع طالب الشراء لصاحب السلعة مبلغاً من المال، ويقول له: لا تبع هذه السلعة لغيري، وإن لم أشترها منك فما دفعته هو لك، ثم يشتريها منه بعد ذلك بعقد مبتدىء، ويحسب المبلغ الذي دفعه من الثمن.

هذا البيع صحيح، والفرق بينه وبين بيع العربون الممنوع، أن البيع هنا خلا من الشرط المفسد، لأن هذه الصورة عبارة عن اتفاقين، الاتفاق الأول ذكر فيه شرط ترك العربون، ولكن لم يقترن به العقد، والاتفاق الثاني تم فيه العقد مجرداً عن الشرط.

هذا إذا تم البيع، أما إذا لم يتم، فإن صاحب السلعة لا يستحق شيئاً، لأنه يأخذه بغير عوض، ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره، وتأخيره البيع من أجل المشتري، لأنه لو كان عوضاً عن ذلك ما جاز جعله من الثمن حال الشراء، ولا يمكن أن يقال هو عوض عن عدم الانتظار في حالة عدم الشراء، أما في حال الشراء فهو جزء من الثمن، لأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار كما في الإجارة[2].

أما في بيع العربون الممنوع، فإن العقد يفسد، سواء تم البيع، أم لم يتم، لأن الشرط فيه اقترن بالعقد فأفسده، حتى في الحالة التي يختار فيها المشتري إمضاء العقد.

٣ ــ قد يشتري شخص سلعة، ثم يتفق مع البائع على أن يردها له ومعها شيء من المال.

---

(١) الحطاب ٤:٣٦٩.
(٢) المغني ٤:٢٣٣.

وهذه هي الصورة التي قاس عليها الإمام أحمد صورة بيع العربون الممنوع عند الجمهور.

قال ابن المسيب وابن سيرين: لا بأس إذا كره السلعة أن يردها ويرد معها شيئاً[1].

ولا خلاف بين الفقهاء في جواز هذه الصورة، إذا كان البيع الأول نقداً، أما إذا كان إلى أجل فقد منعه مالك في بعض الحالات، وهي ما إذا كانت الزيادة نقداً، أو إلى أجل أبعد من الأجل الأول؛ لأن هذا فيه ذريعة إلى بيع الذهب بالذهب إلى أجل، وإلى بيع ذهب وعرض بذهب؛ لأن المشتري يدفع الزيادة والسلعة في الثمن الذي عليه، هذا إذا كان الثمن ذهباً.

وفيه أيضاً بيع وسلف، لأن المشتري إذا كان قد اشترى السلعة بمائة مثلاً إلى أجل، ثم اتفق على أن يرد للبائع السلعة ومعها عشرة، فإن المسألة تؤول إلى أن المشتري باع السلعة بتسعين وأسلف البائع عشرة إلى الأجل الذي اتفقا عليه في البيع الأول، وعندئذٍ يقبضها من نفسه لنفسه.

وأجاز الشافعي هذه الإقالة مطلقاً؛ لأنها عنده شراء مستأنف، لا فرق بينها وبين ما إذا كان لرجل على آخر مائة مؤجلة فاشترى منه سلعة بتسعين وعجل له العشرة، وهذا جائز بإجماع، ولم يذهب الشافعي إلى ما ذهب إليه مالك من سد الذريعة؛ لأنه يرى أن حمل الناس على التهم لا يجوز[2].

ورأى الشافعي أولى بالاتباع في هذه المسألة، فإن المالكية بالغوا في سد الذريعة هنا مبالغة غير مقبولة.

٤ ــ قد يشتري الرجل سلعة ثم يتقايل المتعاقدان على أن يدفع البائع للمشتري شيئاً من المال.

---

(١) المصدر السابق.
(٢) بداية المجتهد ٢:١٤١، والمنتقى ٤:١٦٥.

قال مالك في الرجل يبتاع العبد أو الوليدة بمائة دينار إلى أجل، ثم يندم البائع فيسأل المبتاع أن يقيله بعشرة دنانير يدفعها إليه نقداً، أو إلى أجل ويمحو عنه المائة دينار التي له، قال مالك: لا بأس بذلك.

وهذه المسألة لا خلاف في جوازها، لأن هذه إقالة، والإقالة إذا دخلتها الزيادة أو النقصان تكون بيعاً مستأنفاً، ولا حرج في أن يبيع الإنسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه[1].

بيع العربون في القانون المصري:

نصت المادة ١٠٣ من القانون المدني الجديد على ما يأتي:

١ ــ دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

٢ ــ فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه، هذا ولو لم يترتب على العدول أي ضرر.

فالقانون المصري اعتبر دفع العربون، في حالة عدم الاتفاق، دليلاً على ثبوت حق العدول لكل من المتعاقدين، ولكنه عدول بمقابل، هو قدر العربون فإذا استعمل المشتري حقه في العدول وجب عليه ترك العربون، وإذا عدل البائع وجب عليه رد العربون ومعه مثله، من غير نظر إلى مقدار الضرر الذي يصيب أحد الطرفين من جراء عدول الطرف الآخر.

والقانون المصري في هذا يتفق مع القوانين اللاتينية، هذا وقد جاءت نصوص التقنينات المدنية العربية متفقة مع التقنين المدني المصري ما عدا التقنين العراقي[2].

---

(١) بداية المجتهد ٢: ١٤١، والمنتقى ٤: ١٦٤.

(٢) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ٢: ٩٣، ومحاضرات في القانون المدني للأستاذ الدكتور الصده ١: ١٢٨ ــ ١٣٠، وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ص ٧٠ ــ ٧٢.

بيع العربون في القانون العراقي:

تنص المادة ٩٢ من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

١ ــ يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

٢ ــ فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد، كان لكل منهما حق العدول، فإذا عدل من دفع العربون وجب عليه تركه، وإذا عدل من قبضه رده مضاعفاً.

فالقانون العراقي يرى أن العربون في حالة عدم الاتفاق، يكون جزءاً من الثمن، وأن دفعه دليل على أن العقد أصبح باتاً لا خيار فيه، فإذا تخلف أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد كان للطرف الآخر إجباره على التنفيذ، كما له أن يطلب فسخ العقد مع التعويض.

والقانون العراقي يتفق في هذا مع القوانين الجرمانية[1].

بيع العربون في القانون الإنجليزي:

العربون في البيع في القانون الإنجليزي (Deposit) هو المبلغ الذي يدفع مقدماً عند إنشاء العقد كضمان على أن المشتري سيقبل السلعة ويدفع ثمنها، ويكون هذا المبلغ في نفس الوقت جزءاً من الثمن.

فالعربون كما يقول لورد ماكناجتن (Macnaghten) يخدم غرضين، أحدهما ضمان أن المشتري جاد في الصفقة، وهذا هو الغرض الأساسي، وثانيهما أنه يحتسب من ثمن الشراء إذا تم البيع.

حكم العربون في حالة عدم إتمام العقد:

استرداد المشتري للعربون في حالة عدم إتمام العقد يخضع عادة إلى الاتفاق

---

(١) ملتقى البحرين ص ١٦٢ ــ ١٦٣، والوسيط ١: ٢٦٠.

بينه وبين البائع، أما إذا لم يكن بينهما اتفاق، فإن المشتري يفقد العربون إذا لم يتم البيع بسبب من قبله. أما إذا لم يتم البيع بسبب من قبل البائع، فإن المشتري يستطيع أن ينهى العقد ويسترد العربون[١].

فبيع العربون في القانون الإنجليزي يكون العقد معه باتاً، وإذا عدل المشتري ـ وهذا ليس من حقه ـ وأراد البائع أن ينهي العقد فإن العربون يضيع على المشتري، ولا يمنع هذا البائع من أن يطالب بتعويض زيادة على العربون إذا كانت الخسارة أكبر منه، كما أن للبائع ألا يوافق على إنهاء العقد، ويطالب المشتري بدفع الباقي من الثمن.

وإذا عدل البائع ـ وهذا ليس من حقه أيضاً ـ فللمشتري أن ينهي العقد ويسترد العربون، كما له أن يتمسك بالعقد ويطالب بالتنفيذ.

مقارنة بين الفقه والقوانين الوضعية:

يتبين مما تقدم أن جميع القوانين الوضعية تجيز بيع العربون في الصورة التي وردت في الفقه الإسلامي، واختلف الفقهاء في جوازها، فمنعها الجمهور، وأجازها الإمام أحمد، وتلك هي الصورة التي يتفق فيها المتعاقدان على أن المشتري إذا عدل عن العقد فقد العربون؛ ذلك أن القوانين كلها تنص على العمل أولاً بما اتفق عليه المتعاقدان.

أما كون دفع العربون ـ في حالة عدم الاتفاق ـ يدل على جواز العدول أو على أن العقد أصبح باتاً، فهذه مسألة لم يتعرض لها الفقهاء، لأن بيع العربون الذي يعرفه الفقه الإسلامي هو ما اشترط فيه المتعاقدان أن المشتري يفقد العربون إذا عدل عن العقد، أما إذا لم يكن هناك هذا الشرط ولا عرف يقوم مقامه، وحصل

(١) Chalmers Sale of goods 12th edition P 42 & Halsbury's laws of England 2nd edition V. 29 P 155- 156.

العقد ودفع المشتري للبائع مبلغاً من المال، فإن هذا لا يصدق عليه اسم بيع العربون في الفقه الإسلامي، وإنما يكون بيعاً باتاً، دفع فيه جزء من الثمن، ويجب فيه على المشتري تسليم باقي الثمن، وعلى البائع تسليم السلعة.

● ● ●

المبحث الثالث

بيـع الحـصـاة

النصوص ــ السنة:

عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة، وعن بيع الغرر[1].

حكم بيع الحصاة وتفسيره:

اتفق الفقهاء على العمل بموجب الحديث المتقدم فمنعوا بيع الحصاة[2]، ولكنهم اختلفوا في تفسيره، وسنذكر أولا ما ورد في تفسيره عن المحدثين، ثم نتبعه بتفسير فقهاء المذاهب.

تفسير المحدثين:

بيع الحصاة هو: أن يقول البائع للمشتري: إذا نبذت إليك بالحصاة فقد وجب البيع فيما بيني وبينك.

(١) رواه الجماعة إلا البخاري واللفظ لمسلم، مسلم بشرح النووي ١:١٥٦، وقد تقدم هذا الحديث في الكلام عن النصوص الواردة في الغرر فارجع إليه ص٧٨، هذا وقد روي حديث النهي عن بيع الحصاة عن أبي هريرة من طرق متعددة. انظر مسند الإمام أحمد ٢:٢٧٦ و ٤٣٦، و ٤٣٩ و ٤٦٠، و ٤٩٦.

(٢) المغني ٤:٢٠٨.

فسر الترمذي بيع الحصاة بهذا التفسير، ثم قال: وهذا شبيه ببيع المنابذة، وكان هذا من بيوع الجاهلية[1].

تفسير فقهاء المذاهب لبيع الحصاة:

١ ــ الحنفية:

يعبر الحنفية عن بيع الحصاة، بالبيع بالقاء الحجر، وقد ورد هذا التعبير في بعض الأحاديث[2].

وقد فسره الحنفية بتفسيرين:

أحدهما: أن يتساوم الرجلان في السلعة، فإذا وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع.

وهذا تفسير المرغيناني[3].

ثانيهما: أن يلقى حصاة وثمة أثواب، فأي ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تأمل وروية، ولا خيار بعد ذلك.

وهذا تفسير الكمال بن الهمام[4].

ولا بد من أن يسبق إلقاء الحصاة تراوض المتبايعين على الثمن عند الحنفية، ثم لا فرق عندهم بين أن يكون المبيع معينا، أو غير معين، فتفسير المرغيناني على أن المبيع معين، وتفسير الكمال على أنه غير معين[5].

(١) الترمذي بشرح ابن العربي ٥:٢٣٨.

(٢) نيل الأوطار ٦:٣٢.

(٣) الهداية مع فتح القدير ٥:١٩٦.

(٤) فتح القدير ٥:١٩٦.

(٥) فتح القدير ٥:١٩٧.

علة النهي:

علل الحنفية فساد بيع الحصاة بعلتين:

١ ــ الجهالة، وهي واضحة في الصورة التي ذكرها الكمال؛ لأن المبيع غير معين.

٢ ــ تعليق التمليك على الخطر، فإن هذا البيع بمنزلة ما لو قال: إذا ألقيت الحجر على الثوب فقد لزم البيع، أو إذا وقع حجري على ثوب فقد بعته منك بكذا(١). وهذا واضح على التفسيرين.

٢ ــ المالكيـة:

ذكر ابن رشد الجد تفسيرين لبيع الحصاة:

أحدهما: أن يستام الرجل الرجل السلعة وبيد أحدهما حصاة، فيقول لصاحبه: إذا سقطت الحصاة من يدي، فقد وجب البيع بيني وبينك.

ثانيهما: أن تكون السلع منشورة، فيرمي المبتاع حصاة، فأيها وقعت عليه وجبت له بما سميا من الثمن(٢).

وذكر ابن رشد الحفيد هذين التفسيرين، ولكنه قدم الثاني وقال: إن هذه كانت صورته في الجاهلية، وأورد التفسير الأول بصيغة التمريض ــ قيل ــ عكس ما فعله ابن رشد الجد(٣).

واقتصر الباجي على التفسير الأول، ولكن ذكر: أن الحصاة تكون بيد البائع(٤).

---

(١) الهداية مع فتح القدير والعناية ٥:١٩٦ ــ ١٩٧.

(٢) المقدمات الممهدات ٢:٢٢١ ــ ٢٢٢.

(٣) بداية المجتهد ٢:١٤٨.

(٤) المنتقى ٥:٤٢.

وتفسير المالكية هذا لا يختلف في جوهره عن تفسير الحنفية.

علة الفساد:

وعلة الفساد الغرر في العقد على التفسير الأول، والجهل بتعيين المبيع على التفسير الثاني(١).

وعلل ابن رشد الحفيد فساد العقد بأنه قمار(٢).

٣ ــ الشافعيـة:

للشافعية ثلاثة أوجه في بيع الحصاة

١ ــ أن يقول: إذا رميت هذا الثوب بالحصاة فهو مبيع منك بكذا، فيجعلان نفس الرمي بالحصاة بيعاً.

٢ ــ أن يقول: بعتك من هذه الأثواب ما تقع الحصاة عليه، أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى ما انتهت إليه هذه الحصاة.

٣ ــ أن يقول: بعتك ولك الخيار إلى أن أرمي بهذه الحصاة، أو ولي الخيار، أو ولنا الخيار(٣).

فالشافعية يتفقون مع الحنفية والمالكية في تأويلهم، ويزيدون عليهم وجهاً ثالثاً هو: جعل رمي الحصاة غاية لاستعمال الخيار.

علـة البـطلان:

قال الرملي: إن علة البطلان هي عدم الرؤية، أو عدم الصيغة، أو الشرط الفاسد(٤)، واقتصر النووي على التعليل بالغرر(٥).

---

(١) المقدمات الممهدات ٢:٢٢١ ــ ٢٢٢.

(٢) بداية المجتهد ٢:١٤.

(٣) نهاية المحتاج ٣:٤٣٣.

(٤) نهاية المحتاج ٣:٤٣٣.

(٥) النووي على مسلم ١٠:١٥٦.

والتعليل بعدم الصيغة ظاهر على الوجه الأول؛ والتعليل بالشرط الفاسد يعم الأوجه الثلاثة، أما التعليل بعدم الرؤية فغير ظاهر في أي من هذه الوجوه.

٤ ــ الحنابلـة:

ذكر ابن قدامة ثلاثة تأويل لبيع الحصاة:

١ ــ أن يقول: بعتك هذا بكذا على أني متى رميت هذه الحصاة وجب البيع.

٢ ــ أن يقول: ارم هذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك بدرهم.

٣ ــ أن يقول: بعتك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ الحصاة إذا رميتها بكذا[١].

وهذه التأويل لا تخرج عما ذكره الأئمة الثلاثة.

علة الفساد:

علل ابن قدامة فساد البيع بالغرر والجهالة[٢].

٥ ــ الشيعـة:

ذكرت كتب الشيعة الإمامية والزيدية ثلاثة تأويل لبيع الحصاة:

١ ــ أن يجعل نفس الرمي بيعا فيقول البائع: إذا رميت هذه الحصاة فهذا الثوب مبيع منك بكذا.

٢ ــ أن يقول: أي ثوب نبذته بالحصاة فقد بعته منك، أو بعتك من هذه الأرض من هنا إلى حيث تنتهي إليه الحصاة.

٣ ــ أن يقول: بعتك هذا بكذا على أنك بالخيار إلى أن أرمي هذه الحصاة[٣].

---

(١) المغني ٤: ٢٠٧ ــ ٢٠٨.

(٢) المغني ٤: ٢٠٧ ــ ٢٠٨.

(٣) البحر الزخار ٣: ٢٩٤، ومفتاح الكرامة ٤: ١٤٤ و ١٦٠.

وهذه التأويل مطابقة لرأي الشافعية.

علة النهـي:

وعلة النهي عندهم، عدم العقد على التأويل الأول، والجهل بالمبيع على التأويل الثاني، وإبهام مدة الخيار على التأويل الثالث[١].

وهذه التفاسير يمكن تلخيصها فيما يلي:

١ ــ أن يتفق المتبايعان على بيع سلعة معينة بثمن معين، ويجعلا نبذ الحصاة من أحدهما إلى الآخر، أو وضعها على السلعة، أو سقوطها ممن هي بيده أمارة على لزوم البيع.

وهذا التفسير اتفق عليه الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، والشيعة.

٢ ــ أن يتفقا على بيع سلعة غير معينة من سلع كثيرة مختلفة بثمن معلوم، ويجعلا سقوط الحصاة على إحداها أمارة علي تعيينها، فتكون هي السلعة المبيعة بالثمن المتفق عليه. وهذا التأويل اتفق عليه الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة، والشيعة.

٣ ــ أن يتفق المتعاقدان على بيع مقدار من الأرض يحدده رمى البائع بحصاة، فما انتهت إليه الحصاة، كان هو المقدار المبيع. وهذا تفسير للشافعية، والحنابلة، والشيعة.

٤ ــ أن يتفق المتعاقدان على بيع سلعة، بشرط خيار غايته رمى الحصاة من البائع. وهذا أحد أوجه ثلاثة للشافعية والشيعة.

● ● ●

---

(١) البحر الزخار ٣: ٢٩٤، ومفتاح الكرامة ٤: ١٤٤، ١٦٠.

المبحث الرابع

بيع الملامسة[1]

النصوص: السنّة:

١ ــ عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن الملامسة والمنابذة[٢].

٢ ــ عن أبي هريرة قال: نهى عن لبستين: أن يحتبى الرجل في الثوب الواحد، ثم يرفعه عن منكبه، وعن بيعتين: اللماس والنباذ[٣].

٣ ــ عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيعتين، أما البيعتان، فالمنابذة والملامسة، وزعم أن الملامسة أن يقول الرجل للرجل: أبيعك ثوبي بثوبك ولا ينظر واحد منهما إلى ثوب الآخر، ولكنه يلمسه لمساً، وأما المنابذة فأن يقول: أنبذ ما معي وتنبذ ما معك؛ ليشتري أحدهما من الآخر ولا يدري كل واحد منهما كم مع الآخر، ونحواً من هذا الوصف[٤].

٤ ــ عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن

(١) ويسمى بيع اللماس أيضاً: صحيح البخاري ٣:٧٠.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ: الموطأ بهامش المنتقى ٥:٤٤، والبخاري في صحيحه: صحيح البخاري ٣:٧٠، ومسلم: مسلم بشرح النووي ١٠:١٥٤.

(٣) رواه البخاري: صحيح البخاري ٣:٧٠.

(٤) سنن النسائي بشرح السيوطي ٧:٢٦٢.

المنابذة، وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه أو ينظر إليه، ونهى عن الملامسة، والملامسة لمس الثوب لا ينظر إليه[١].

٥ ــ عن أبي سعيد قال: نهانا رسول الله ﷺ عن بيعتين ولبستين، نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع، والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه إلا بذلك، والمنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه، وينبذ الآخر ثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراضٍ[٢].

٦ ــ عن أنس قال: نهى النبي ﷺ عن المحاقلة، والمخاضرة، والمنابذة، والملامسة، والمزابنة[٣].

قال العيني: وزعم الإسماعيلي أن في بعض الروايات: والمخاضرة بيع الثمار قبل أن تطعم، وبيع الزرع قبل أن يشتد ويفرك منه[٤].

حكم بيع الملامسة وتفسيره:

اتفق الفقهاء على أن بيع الملامسة غير صحيح، عملاً بالأحاديث الصحيحة التي تنهى عنه[٥]، ولكنهم ذهبوا في تفسير الملامسة مذاهب مختلفة، نبينها فيما يلي، سالكين الطريقة التي سلكناها في بيع الحصاة.

تفسير المحدثين:

١ ــ الملامسة لمس الثوب لا ينظر إليه، هذا هو التفسير الذي ذكره البخاري في رواية أبي سعيد[٦]، ومعناه أن المشتري يشتري الثوب باللمس فقط،

(١) رواه البخاري: صحيح البخاري ٣:٧٠.

(٢) رواه مسلم في صحيحه: صحيح مسلم بشرح النووي ١٠:١٥٥.

(٣) رواه البخاري.

(٤) منتقى الأخبار ٥:٢٤٦، وصحيح البخاري ٣:٧٨ و ٧٥، وعمدة القاري ١٢:١٤.

(٥) المغني ٤:٢٠٧، وبداية المجتهد ٢:١٤٨، وإحكام الأحكام ٢:١١٨.

(٦) صحيح البخاري ٣:٧٠.

واللمس لا يكفي للعلم بالثوب، فكأنه يشتري شيئاً يجهل حاله، وهذا التفسير لا يختلف عما جاء في الرواية الأخرى التي في مسلم عن أبـي سعيد أيضاً: الملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه إلا بذلك[١].

والعلة في الفساد على هذا التفسير هي: الجهل بالمبيع الناشىء من عدم النظر إليه.

٢ ــ الملامسة أن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل، وهذا هو التفسير الذي في حديث أبـي هريرة عن مسلم[٢]، وهو يختلف عن التفسير الأول، بأن اللمس فيه من الطرفين، والبيع فيه بطريق المقايضة، ويتفق في أن طريق العلم بالمبيع هو اللمس فقط.

قال الحافظ ابن حجر: وهذا التفسير أقعد بلفظ الملامسة، لأنها مفاعلة فتستدعي وجود الفعل من الجانبين[٣].

ويوافق هذا التفسير ما في رواية النسائي عن أبـي هريرة أيضاً: الملامسة أن يقول الرجل للرجل: أبيعك ثوبـي بثوبك، ولا ينظر واحد منهما إلى ثوب الآخر، ولكن يلمسه لمساً[٤].

٣ ــ أن يلمس الثوب بيده ولا ينشره ولا يقلبه، إذا مسه فقد وجب البيع.

ذكر هذا التفسير النسائي في حديث أبـي سعيد[٥]، ومثله ما في الترمذي: والملامسة أن يقول: «إذا لمست الشيء فقد وجب البيع، وإن كان لا يرى منه شيئاً

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠: ١٥٥، وانظر سنن النسائي بشرح السيوطي ٧: ٢٦٠.
(٢) مسلم بشرح النووي ١٠: ١٥٥.
(٣) فتح الباري ٤: ٢٨٦.
(٤) النسائي ٧: ٢٦٠.
(٥) النسائي ٢: ١١٧.

مثل ما يكون في الجراب»[١]. ومعنى هذا التفسير أن البيع انعقد ولكنه لا يلزم إلا بعد أن يلمس المشتري الثوب، فإذا لمسه فقد لزم البيع، مع ملاحظة أن المشتري لا علم له بحقيقة الثوب.

ولعل الفرق بين هذا التفسير والتفسيرين قبله، أن العقد هنا وقع قبل اللمس، فلما حصل اللمس جعله لازماً، وهناك كان اللمس أولاً ثم حصل العقد.

٤ ــ أن يتبايع القوم السلع لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها. ذكر هذا التفسير أبو عوانة عن يونس[٢]. ويلاحظ أنه لم يرد في هذا التفسير ذكر اللمس ولعله اعتبر اللمس وعدمه سيان؛ لأن عدم العلم بالمبيع حاصل في الحالتين، وهذا تجوز غير مقبول في تفسير الملامسة.

هذه هي التفاسير التي وردت في روايات الحديث المختلفة[٣]، وكلها تتلاقى في أن المبيع غير معلوم للمشتري، وأن اللمس جعل أمارة على انعقاد البيع، أو على لزومه.

ولننظر بعد هذا إلى آراء فقهاء المذاهب:

تفسير فقهاء المذاهب:

١ ــ الحنفية:

بيع الملامسة هو: أن يتساوم[٤] الرجلان في سلعة، فإذا لمسها

(١) صحيح الترمذي ٦: ٤٦.
(٢) نيل الأوطار ٥: ٢٤٧، وفتح الباري ص٤: ٢٨٦
(٣) ظاهر الروايات أن التفسير من الحديث المرفوع، لكن الأقرب أن التفسير من الصحابـي راوي الحديث، وذلك لورود لفظ «وزعم» في رواية النسائي فإنها تشعر بأن التفسير من كلام من دون النبـي ﷺ لبعد أن يعبر الصحابـي عن النبـي ﷺ بلفظ زعم، وانظر فتح الباري ٣: ٢٨٧.
(٤) التساوم تفاعل من السوم، وسام البائع السلعة عرضها للبيع وذكر ثمنها، وسامها المشتري =

المشتري لزم البيع، رضي مالكها بذلك، أو لم يرض.

فلا بد من أن يسبق اللمس عندهم تراوض البائع والمشتري على الثمن؛ لأنه إذا لم يذكر الثمن يكون البيع فاسداً للسكوت عن الثمن[1].

وهذا التفسير لا يتفق مع واحد من التآويل الواردة في الأحاديث، فالظاهر من تفسير الحنفية، أن المدار عندهم، أن يكون اللمس أمارة على لزوم البيع سواء أكان المشتري عالماً بالمبيع، أم غير عالم به، في حين أن تأويلات المحدثين متفقة على أن المناط في بيع الملامسة، أن يقوم فيه اللمس مقام النظر إلى السلعة بعد نشرها وتقليبها إن كانت مما يحتاج إلى ذلك كالثوب.

علة الفساد:

ذكر الحنفية علتين لفساد العقد:

١ ــ التعليق بالخطر، فإن بيع الملامسة بمنزلة أن يقول البائع للمشتري: إذا لمست السلعة فقد لزم البيع، والبيع من التمليكات، وهي لا تقبل التعليق؛ لأنه يؤدي إلى معنى القمار[2]. وقد علل ابن عابدين الفساد بوجود القمار[3].

٢ ــ الجهالة: هذا التعليل ذكره الكمال، وهو يصح في حالة ما إذا كان المبيع غير معين بأن يقول المشتري: أي ثوب لمسته فقد لزم البيع، فإنه لا فرق عند الحنفية في بيع الملامسة بين أن يكون المبيع معيناً أو غير معين[4].

بمعنى اسنامها سوماً، ومنها لا يسوم الرجل على سوم أخيه، أي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة أخيه فيه. فتح القدير ٥: ١٩٧.

(١) الهداية مع فتح القدير والعناية ٥: ١٩٦ ــ ١٩٧، وابن عابدين ٤: ١٥١.

(٢) فتح القدير ٥: ١٩٦ ــ ١٩٧.

(٣) ابن عابدين ٤: ١٥١.

(٤) فتح القدير ٥: ١٩٧.

٢ ــ المالكية:

قال الإمام مالك في الموطأ: الملامسة أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره. ولا يتبين ما فيه، أو يبتاعه ليلاً وهو لا يعلم ما فيه[1].

وقال ابن رشد: إن هذه صورة بيع الملامسة في الجاهلية[2].

قال الباجي: وإنما سمي بيع ملامسة؛ لأنه لا حظ له من النظر والمعرفة لصفاته إلا لمسه، واللمس لا يعرف به المبتاع ما يحتاج إلى معرفته من صفات المبيع الذي يختلف ثمنه باختلافها أو يتفاوت، ومعنى ذلك أن البيع انعقد على شرط أن يكتفي المشتري بلمسه. أما إذا لم يوجد هذا الشرط فاقتنع المشتري بلمسه فإنه لا يكون بيع ملامسة ولا يمنع صحة العقد[3].

وتفسير الإمام مالك يتفق الجزء الأول منه مع ما في أكثر الأحاديث من حيث إنه جعل اللمس قائماً مقام العلم بالمبيع، ويتفق الجزء الأخير منه «أو يبتاعه ليلاً وهو لا يعلم ما فيه» مع تفسير أبي عوانة عن يونس من حيث إنه اعتبر عدم العلم كافياً لتسمية البيع بيع ملامسة وإن لم يصحبه لمس.

وعلة تحريم بيع الملامسة، الغرر الناشىء من الجهل بصفة المبيع[4].

بيع الثوب المدرج في جرابه:

وقد أدخل مالك في بيع الملامسة، بيع الثوب المدرج في جرابه، كالساج وما أشبهه، مما يصان بغلاف يكون فيه، فلا يظهر شيء منه، فلم يجوز بيعه حتى ينظر المبتاع إلى الثوب بعد نشره، وكذلك لم يجوز بيع الثوب المطوي، وإن ظهر

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٥: ٤٤ والمدونة ١٠: ٣٧.

(٢) بداية المجتهد ٢: ١٤٨.

(٣) المنتقى ٥: ٤٤.

(٤) بداية المجتهد ٢: ١٤٨، والمقدمات الممهدات ٢: ٢٢١.

ظاهره، حتى ينشر، ولا تكفي الصفة عنده في هاتين الحالتين، كما رواه عنه ابن المواز؛ لأن الانتقال من الرؤية إلى الصفة لا يجوز إلا لضرورة، ولا ضرورة هنا، لأن إخراج الثوب من جرابه ونشره لا مشقة فيه، ولم تجر العادة بأخذ أجر عليه، فلا يكون في بيعه من غير رؤية غرض سوى مجرد الغرر[1].

قال مالك في الموطأ «في الساج المدرج في جرابه أو الثوب القبطي المدرج في طيه»: أنه لا يجوز بيعهما حتى ينشرا، أو[2] ينظر إلى ما في أجوافهما، وذلك أن بيعهما من بيع الغرر وهو من الملامسة[3].

يمكننا أن نأخذ من هذا، أن الإمام مالكاً يعتبر كل بيع لم يمكّن فيه المشتري من رؤية المبيع، مع قدرته عليها من غير مشقة، داخلاً في بيع الملامسة المنهي عنه؛ لأن العلة عنده في منع بيع الملامسة، هي الغرر الناتج من عدم العلم بالمبيع، والبيع من غير رؤية المبيع لغير ضرورة من بيع الغرر المنهي عنه.

هل ينطبق قول مالك على بيع الثياب في زماننا؟

من المتعارف في وقتنا أن يشتري الشخص الثوب المطوي من غير أن ينشره؛ اكتفاءً برؤية ظاهره، وقد يشتري الثوب في غطائه من غير أن يزيل الغطاء، اكتفاء بما كتب عليه من اسم الثوب، مع ملاحظة أن البائع لا يقبل عادة أن ينشر كل مشتر الثياب، أو يزيل ما عليها من غطاء، فهل يشمل المنع هذه الصورة من البيع؟.

إن ما ذهب إليه مالك من منع بيع الثوب المدرج في جرابه، أو الثوب المطوي مبني على أن معرفة الثوب معرفة كاملة لا تتحقق إلا برؤيته منشوراً؛ لأن الثياب تتفاوت، وقد يختلف باطن الثوب عن ظاهره، فيدخل هذا البيع الغرر،

(١) المنتقى ٥: ٤٤ ــ ٤٥.

(٢) هكذا في الموطأ والمدونة، وفي المنتقى وينظر بالواو بدل «أو»، ولعله الصواب.

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٥: ٤٤، والمدونة ١٠، ٢٨.

وهذا حق بالنسبة لزمن مالك، أما الآن فإن رؤية ظاهر الثوب أو قراءة اسمه على الغلاف تكفي للعلم بحقيقة الثوب فينتفي الغرر، اللهم إلا في الثياب التي تنسج باليد كالثياب المعروفة عندنا في السودان «بالدمور البلدي» فإنها ينطبق عليها قول مالك، فلا يجوز بيعها إلا بعد نشرها، ولا يكتفي فيها برؤية ظاهر الثوب؛ لأن باطنه قد يختلف عن ظاهره، فيدخله الغرر، ومن باب أولى لا يجوز بيع ثوب الدمور إذا كان في غلاف؛ لأن هذه الثياب تختلف عادة، ويندر أن تجد ثوبين متماثلين في كل شيء كما هو الحال في الثياب المصنوعة بالآلات.

٣ ــ الشافعية:

للشافعية ثلاثة أوجه في تأويل الملامسة:

١ ــ أن يأتي بثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه المستام، فيقول صاحبه: بعتك بكذا بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك، ولا خيار لك إذا رأيته[1]. قال النووي: إن هذا تأويل الشافعي.

٢ ــ أن يقول البائع للمشتري: إذا لمست الثوب فقد بعتك بكذا، فيجعلان نفس اللمس بيعاً.

٣ ــ أن يبيعه الشيء على أنه متى لمسه انقطع خيار المجلس أو الشرط[2].

الوجه الأول يتفق مع ما في أكثر الأحاديث، وهو أدق من تفسير مالك، أما الوجه الثاني فإنه لم يرد في حديث ما، وهو قريب من تفسير الحنفية من حيث إن التفسيرين جعلا اللمس أمارة على البيع، غير أن الحنفية يجعلونه أمارة على لزوم البيع، والشافعية يجعلونه أمارة على انعقاد البيع، إلا إذا قلنا إن كلمة لزوم الواردة

(١) مفهوم هذا أنه إذا جعل خيار الرؤية للمشتري يصح البيع، وهو وجه للشافعية في بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية متقدمة، انظر الكلام عن بيع الغائب.

(٢) النووي على مسلم ١٠: ١٥٤ و ٥: ١٥٧، ونهاية المحتاج ٣: ٤٣٣.

في تفسير الهداية المراد بها انعقاد البيع ولزومه لا أن البيع انعقد غير لازم فجعله اللمس لازماً، كما يتبادر إلى الذهن، وعلى هذا يكون اللمس عند الحنفية أمارة على الانعقاد أيضاً كالشافعية.

وأما الوجه الثالث، فهو أبعدها عما في الأحاديث، فهو يعني أن العقد حصل مستوفياً لشرائطه، فإذا وقع اللمس قطع جميع الخيارات.

وعلة البطلان، هي عدم الرؤية على التأويل الأول، وعدم الصيغة على التأويل الثاني، والشرط الفاسد على التأويل الثالث.

وهذا التعليل هو ما في المنهاج وشرحه، وقد علل النووي في شرح مسلم البطلان بالغرر، فقال بعد تفسيره للملامسة والمنابذة: وهذا البيع باطل للغرر. وقال في حديث النهي عن بيع الغرر: واعلم أن بيع الملامسة... و... وأشباهها من البيوع التي جاءت فيها نصوص خاصة هي داخلة في النهي عن بيع الغرر، ولكن أفردت بالذكر ونهى عنها لكونها من بياعات الجاهلية المشهورة[١].

٤ ـ الحنابلة:

الملامسة: أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع[٢].

هذا هو التفسير الذي ذكره ابن قدامة وقال: إنه ظاهر كلام أحمد[٣]. وتفسير الحنابلة هذا قريب من التفسير الذي أورده النسائي في حديث أبي سعيد[٤]، غير أنه واضح في أن الإيجاب حصل من البائع، واتفقا على أن لمس المشتري للسلعة يكون دلالة على القبول، مع ملاحظة أن المشتري لا يعلم حقيقة المبيع.

(١) المصدر السابق.

(٢) بأن يقول: بعتك ثوبي هذا على أنك متى لمسته فهو عليك بكذا. زاد المعاد ٤: ٢٦٧.

(٣) المغني ٤: ٢٠٧، وفيه: «ونحو هذا التفسير قال مالك والأوزاعي».

(٤) ص١٣٨.

وعلل ابن قدامة عدم الصحة بعلتين:

إحداهما: الجهالة، فإذا كان المبيع واحداً فالجهالة من جهة عدم الرؤية، وإذا كان المبيع متعدداً، بأن قال له: بعتك ما تلمسه من هذه الثياب فالجهالة من عدم التعيين، فأشبه ما لو قال: بعتك واحداً من هذه الثياب.

والثانية: كونه معلقاً على شرط، هو لمسه للشيء[١].

وعلل ابن القيم المنع، بما تضمنه هذا البيع من الخطر والغرر، ومنع كون العلة هي تعليق البيع على شرط[٢].

٥ ـ الشيعة:

للشيعة الزيدية ثلاثة تفاسير لبيع الملامسة.

١ ـ بيع ما لم يره بل يلمسه مع عدم الخيار.

٢ ـ إلقاء الثوب (على)[٣] المبيع ثم يلمسه أمارة للعقد ولا لفظ.

٣ ـ البيع على أنه متى لمس المبيع نفذ البيع ولا خيار[٤].

وهذه التفاسير متفقة مع ما ذكره الشافعية.

وعلة بطلان بيع الملامسة عند الشيعة، الجهالة على التفسير الأول، وقد صرح في البحر الزخار بهذه العلة عند ذكر التفسير الأول[٥]، ولم يأت بتعليل للتفسير الثاني والثالث، والظاهر أن العلة عدم العقد على التفسير الثاني، والتعليق

(١) المغني ٤: ٢٠٧.

(٢) زاد المعاد ٤: ٢٦٧، وانظر الكلام عن العقد المعلق.

(٣) هكذا في البحر الزخار، ولعلها زائدة.

(٤) البحر الزخار ٣: ٢٩٤.

(٥) البحر الزخار ٣: ٢٩٤.

على التفسير الثالث. فقد جاء في البحر الزخار: من شروط صحة البيع العقد، وهو إيجاب وقبول؛ لنهيه ﷺ عن بيع الجاهلية كالمنابذة والحصاة[١]. والملامسة تدخل في هذا التشبيه. وجاء في موضع آخر منه: من ضمن ضابط العقد الباطل، أنه ما فقد فيه العقد كالملامسة والحصاة[٢].

• • •

(١) البحر الزخار ٣: ٢٩٧.

(٢) البحر الزخار ٣: ٣٨١.

المبحث الخامس

بيع المنابذة[١]

النصوص: السنة:

ورد النهي عن بيع المنابذة في كل الأحاديث التي ورد فيها النهي عن بيع الملامسة، فليرجع إليها[٢].

حكم بيع المنابذة وتفسيره:

بيع المنابذة من البيوع التي اتفق الفقهاء على منعها[٣]، لورود ذلك في الحديث الصحيح، وقد اختلف العلماء في تفسير المنابذة، كما اختلفوا في الملامسة. وسنسلك في بيان آرائهم نفس الطريق الذي سلكناه في الكلام عن الملامسة.

التفاسير الواردة في الأحاديث:

١ ـ المنابذة هي: طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقلبه، أو ينظر إليه. ذكر هذا التفسير البخاري، والنسائي في حديث أبي سعيد[٤].

(١) ويسمى بيع النباذ. صحيح البخاري ٣: ٧٠.

(٢) ص١٣٨ و١٣٩.

(٣) المغني ٤: ٢٠٧، وإحكام الأحكام ٢: ١١٨.

(٤) البخاري ٣: ٧٠، والنسائي ٧: ٢٦٠.

٢ ــ المنابذة: أن ينبذ كل واحد من المتبايعين ثوبه إلى الآخر، ولم ينظر واحد منهما إلى ثوب صاحبه. ذكر هذا التفسير مسلم في حديث أبي هريرة، ومثله ما أخرجه مسلم أيضاً في حديث أبي سعيد، المنابذة: أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه، وينبذ الآخر إليه ثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض[١]، وقريب منه ما في النسائي من حديث أبي هريرة: المنابذة: أن ينبذ الرجل إلى الرجل الثوب، وينبذ الآخر إليه الثوب، فيتبايعا على ذلك[٢].

قال الحافظ: وهذا التفسير أقعد بلفظ المنابذة؛ لأنها مفاعلة فتستدعي وجود الفعل من الجانبين[٣].

٣ ــ أن يقول: إذا نبذت إليك الشيء، فقد وجب البيع بيني وبينك. هذا تفسير الترمذي لحديث أبي هريرة، ومثله للنسائي في حديث أبي سعيد[٤].

٤ ــ المنابذة أن يقول: أنبذ ما معي وتنبذ ما معك؛ ليشتري أحدهما من الآخر، ولا يدري كل واحد منهما كم مع الآخر. ذكر هذا التفسير النسائي في حديث أبي هريرة[٥].

وهذه التأويلات تتفق كلها في أن المبيع غير معلوم للمتبايعين، أو لأحدهما ما عدا التأويل الثالث، فإنه لم يصرح فيه بعدم العلم، وإنما جعل فيه النبذ أمارة على وجوب البيع.

(١) قال النووي: معناه بلا تأمل ورضى بعد التأمل ١٠ : ١٥٥.
(٢) النسائي ٧ : ٢٦٠.
(٣) فتح الباري ٤ : ٢٨٦.
(٤) الترمذي بشرح ابن العربي ٦ : ٤٦، والنسائي ٧ : ٢٦٠.
(٥) النسائي ٧ : ٢٦٠.

المنابذة عند فقهاء المذاهب:

١ ــ الحنفية:

البيع بالمنابذة هو: أن يتساوم الرجلان في سلعة، فإذا نبذها البائع إلى المشتري لزم المشتري البيع، فليس له ألا يقبل، ولا بد أن يسبق النبذ تراوض المشتري والبائع على الثمن.

وعلة الفساد:

١ ــ ما في هذا البيع من التعليق بالخطر، فإنه في معنى قول البائع للمشتري: إذا نبذت إليك السلعة فقد لزم البيع.

٢ ــ الجهالة إذا كان المبيع غير معين[١].

وقد سار الحنفية في تفسيرهم للمنابذة على نفس الطريقة التي فسروا بها الملامسة.

٢ ــ المالكية:

قال مالك في الموطأ: المنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه، وينبذ الآخر إليه ثوبه على غير تأمل منهما، ويقول كل واحد منهما لصاحبه: هذا بهذا[٢].

قال الباجي: وإنما سمى بيع منابذة؛ لأنه لاحظ له من النظر والمعرفة لصفاته، إلا أن يكون بيد صاحبه حتى ينبذه إليه.

وتفسير مالك هذا يتفق مع تفسير مسلم الذي في حديث أبي هريرة، ويلاحظ أن الإمام مالكا فسر المنابذة بمعنى المفاعلة، في حين أنه لم يفعل ذلك في تفسيره للملامسة، حيث فسرها بحصولها من جانب واحد.

(١) الهداية مع فتح القدير ٥ : ١٩٦ ــ ١٩٧، وابن عابدين ٤ : ١٥١، وانظر ص١٤٢.
(٢) الموطأ بهامش المنتقى ٥ : ٤٤.

وعلة المنع:

ما فيه من الغرر، قال ابن رشد: ووجوه الغرر في البيوع كثيرة، منها ما نهى عنه النبي ﷺ من بيع الملامسة والمنابذة[1].

وقال ابن القاسم عن الملامسة والمنابذة: إنها من أبواب القمار[2].

٣ ــ الشافعية:

قال النووي في شرح مسلم: للشافعية ثلاثة أوجه في تفسير المنابذة:

١ ــ أن يجعل المتبايعان نفس النبذ بيعا اكتفاء به عن الصيغة، بأن يقول البائع للمشتري: إذا نبذته إليك أو نبذته إلي، فقد بعتك بكذا.

وهذا هو تأويل الشافعي كما قال النووي، وهو مختلف عن تأويله للملامسة مع أن المنطق يقضي أن يسير في تأويله على وتيرة واحدة[3].

٢ ــ أن يقول: بعتك، فإذا نبذته إليك انقطع الخيار ولزم البيع.

٣ ــ المراد نبذ الحصاة[4].

وقد اقتصر في المنهاج على الوجه الأول، ولكن ذكر في الشرح الوجه الثاني، وأورد وجهاً آخر لم يذكره النووي هو:

٤ ــ أن يكتفي بنبذه عن رؤيته. ولم يرد في شرح المنهاج ولا في نهاية المحتاج ذكر للوجه الثالث الذي أورده النووي[5].

---

(١) المقدمات الممهدات ٢: ٢٢١.

(٢) المدونة ١٠: ٣٨.

(٣) راجع ص١٤٥.

(٤) النووي على مسلم ١٠: ١٥٥، وانظر ص١٣٥.

(٥) نهاية المحتاج على شرح المنهاج ٣: ٤٣٣.

وعلل البطلان في شرح المنهاج بعدم الصيغة في الصورة الأولى، والشرط الفاسد في الثانية، وعدم الرؤية في الرابعة[1].

وقال النووي في شرح مسلم: وهذا البيع باطل للغرر[2].

٤ ــ الحنابلة:

المنابذة أن يقول: أي ثوب نبذته فقد اشتريته بكذا، وهذا ظاهر كلام أحمد[3].

وبطلان هذا البيع يرجع لعلتين عند ابن قدامة:

إحداهما: الجهالة، لأنه يشتري شيئاً غير معين ولا موصوف، فأشبه ما لو قال: بعتك واحداً من هذه الثياب.

ثانيتهما: التعليق على شرط هو نبذ الثوب إليه[4].

ولم يوافق ابن القيم على التعليل بالتعليق، وعلل البطلان بالخطر والغرر[5].

٥ ــ الشيعة الزيدية:

ذكر في البحر الزخار ثلاثة أوجه لبيع المنابذة:

١ ــ أن يقول: ما نبذته إليك فقد بعته منك.

٢ ــ أن يقول: ما نبذته إليك فلا خيار لك فيه.

---

(١) المصدر السابق.

(٢) النووي على مسلم ١٠: ١٥٥.

(٣) المغني ٤: ٢٠٧، ونسب ابن قدامة هذا التأويل لمالك والأوزاعي

(٤) المصدر السابق.

(٥) زاد المعاد ٤: ٢٦٧.

٣ ــ أن ينبذ إليه أثواباً أو نحوها ليختار أيها، فما اختاره نفذ البيع فيه. وعلة البطلان عندهم الجهالة[١].

ما الصورة التي تعارف عليها العرب في الجاهلية لهذه البيوع وجاء النهي عنها؟

اتفقت كلمة شراح الحديث والفقهاء، على أن بيع الحصاة والملامسة والمنابذة كانت من البيوع التي تعارف عليها العرب في جاهليتهم، ولكنهم، كما رأينا، ذكروا لنا صوراً متعددة ومختلفة لهذه البيوع، فهل كانت كل هذه الصور يتعامل بها العرب ويطلقون عليها هذه الأسماء؟

ليس من اليسير أمام هذا الاختلاف تحديد الصورة، أو الصور التي ورد النهي عنها، كما أنه ليس من المقبول أن تكون جميع الصور التي ذكرها الفقهاء كانت متعاملاً بها في الجاهلية، ذلك أن بعض التأويلات كان للرأي فيها مجال كبير، فالشافعية والشيعة ذكروا من ضمن صور بيع الحصاة ما إذا جعل البائع للمشتري الخيار إلى أن يرمي بالحصاة[٢]، والخيار لم يكن معروفاً عند الجاهلية، وإنما شرع في عهد الرسول؛ ليتحقق به الرضا الذي جعله القرآن أساساً للمعاملات المالية[٣] وأبو عوانة فسر الملامسة: بأن يتبايع القوم السلع لا ينظرون إليها، ولا يخبرون عنها[٤]، والإمام مالك أدخل في بيع الملامسة، ما إذا ابتاع الرجل الثوب ليلاً وهو لا يعلم ما فيه، أو ابتاع الثوب المدرج في جرابه، أو الثوب المطوى[٥]، وهذا يشبه أن يكون قياساً على بيع الملامسة.

(١) البحر الزخار ٣: ٢٩٤، وانظر تفسيرهم للملامسة ص١٤٧.

(٢) انظر ص ١٣٥ و١٣٦، وانظر تفسير الإباضية لبيع الملامسة والمنابذة والحصاة في شرح كتاب النيل ٤: ٥٤ ــ ٥٧.

(٣) البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ص ١٤٢.

(٤) انظر ص ١٤١.

(٥) انظر ص ١٤٣ ــ ١٤٥.

علة النهي عن هذه البيوع:

العلة المشتركة عند جمهور الفقهاء للنهي عن هذه البيوع الثلاثة في صورها المختلفة هي: الغرر، الغرر الناشيء عن تعليق العقد على اللمس، وهذا غرر في صيغة العقد، أو الغرر الناشيء عن عدم رؤية المبيع، أو من عدم تعيينه، وهذا غرر في محل العقد.

وقد أضاف الشافعية والشيعة علة أخرى قالوا: إنها مبطلة لهذه البيوع في بعض صورها وإن لم يكن فيها غرر، هي عدم الصيغة، كما يعبر الشافعية، وعدم العقد كما يعبر الشيعة الإمامية[١]. وهذا التعليل متفق مع مذهب من يمنع بيع المعاطاة، فإن هذه البيوع في الحالة التي يجعل فيها اللمس أو النبذ دلالة على انعقاد العقد تصبح صورة من صور بيع المعاطاة، ولا أرى وجها لمنع هذه الصورة عند من يجوز بيع المعاطاة[٢].

وليست علة النهي فقدان الرضا، كما يرى بعض الفقهاء والباحثين[٣]؛ لأن الرضا موجود في هذه البيوع، ولكن الشارع لم يعتبره، كما لم يعتبر الرضا الحاصل في عقود الربا؛ لما فيها من حق الله مع حق العبد، فرضا العبد بإسقاط حقه لا يؤثر في إسقاط حق الله[٤].

فائدة بحث هذه البيوع:

للبحث في هذه البيوع فائدتان:

الأولى: فائدة تاريخية نظرية؛ لأن علماء الحديث والفقه اتفقوا على أن هذه

(١) انظر ص١٣٥ و١٣٧ و١٤٧ و١٤٨، وانظر الروضية البهية ص ٢٧٥.

(٢) انظر إحكام الأحكام ٢: ١١٩.

(٣) انظر البدائع ٥: ١٧٦، والبيوع والمعاملات المالية المعاصرة ص ١٤٣ للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى.

(٤) الفروق ١: ١٤١.

البيوع من المعاملات التي كانت متعارفاً عليها عند العرب في جاهليتهم، فدراستها إذاً وبيان حقيقتها، تكشف لنا صورة من صور المعاملات في ذلك العهد.

وقد استنتج بعض الباحثين: أن هذه البيوع أمارة صدق على أن الأمم في بداية حضارتها تتشابه في عقليتها، فإن هذه البيوع تشبه إلى حد كبير في أسسها وقوامها ما كان عند الرومان في فترة من حياتهم من العقود الرسمية أو الشكلية.

من ذلك، الطريقة المعروفة عندهم باسم مانسيباسيو Mancipatio، فقد كانت هذه العقود الجاهلية تطغى فيها الشكلية على حرية العاقدين، كما كانت عقود الرومان خاضعة لصور من الشكلية المادية.

والثانية: فائدة عملية بالنسبة لوقتنا الحاضر، فإنه بمعرفة حقيقة هذه البيوع التي ورد النص بمنعها، والتعرف على علة المنع، يمكننا أن نقيس عليها بعض المعاملات التي تجري في عصرنا، فبيع الحصاة على تفسير الكمال بن الهمام يمكن أن يقاس عليه بعض صور اليانصيب، كالرمي بالحلقة المتعارف عليه عندنا باسم «لبِّس تكسب» وهي عبارة عن أن يشتري شخص حلقة بقرش، ويرمي بها على منضدة، موضوع عليها عدد من السلع المختلفة، فأية سلعة أحاطت بها الحلقة أخذها الرامي[1].

● ● ●

(١) انظر البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ص ١٤٠ ــ ١٤١، والمدخل الفقهي العام للأستاذ الزرقا ص ٢٠٢. و ف ١٣٥.

المبحث السادس

العقد المعلق والعقد المضاف

(أ) العقد المعلق:

تعريفه:

العقد المعلق هو: ما علق وجوده على وجود أمر آخر، ممكن الحصول، بأداة من أدوات التعليق[1]، مثاله في عقد البيع، أن يقول

(١) هذا تعريف للتعليق الحقيقي، وقد يكون التعليق صورياً في بعض الحالات وهي:
(أ) إذا كان المعلق عليه موجوداً وقت التعليق، فإن العقد في هذه الحالة يكون منجزاً في حقيقته، مثاله، أن يقول شخص لآخر: إن كان فلان باع لك داره بألف، فقد بعتك داري بألف، ويقبل الآخر، ثم يتبين أن فلاناً باع للمشتري داره بألف.
(ب) إذا كان التعليق على مشيئة الطرف الآخر، كما إذا قال شخص لآخر: بعتك هذه الدار بألف إن شئت، فإن هذا العقد في حكم المنجز، لأن عقد البيع لا يوجد إلا بالقبول، والقبول إظهار لمشيئة العاقد الآخر، فكأن العقد في الحقيقة معلق دائماً على هذه المشيئة، فذكرها وعدمه سيان.
(ج) إذا كان المعلق عليه أمراً مستحيل الحصول. كما إذا قال شخص لآخر: إن سقطت السماء فقد بعتك هذه الدار بألف، فإن الغرض من هذا التعليق بيان استحالة البيع. انظر المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور ص ٦١٥ ــ ٦١٨، وأحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ص ٢٥٧ ــ ٢٥٨، وابن عابدين ٤: ٣٠٧، والفروق للقرافي، الفرق الخامس والأربعون، والمجموع ٩: ٣٤٠، ٣٤٢.

شخص لآخر: بعتك داري هذه بألف جنيه إن باع لي فلان داره.

ويذكر بعض الفقهاء في التعريف عبارة «على خطر الوجود، أو محتمل الوجود» بعد أمر، وبعضهم لا يذكرها في التعريف، ولكنه يجعلها شرطاً للتعليق الحقيقي[1]، وكلا المسلكين لا يتفق في نظري مع المعنى الاصطلاحي للتعليق، فإن الذي يفهم من عبارات أكثر الفقهاء، أن المدار في التعليق، أن يكون المعلق عليه أمراً غير موجود وقت التعليق، ولكنه ممكن الوجود، وأن يربط بين حصول المعلق والمعلق عليه بأداة من أدوات التعليق.

ولعل الذي حمل أولئك البعض على هذا المسلك، هو أن التعليق على أمر محقق الحصول كالتعليق على الغد، هو في الواقع إضافة إلى الغد، وهذا حق، ولكنه لا يغير في الحقيقة الثابتة، وهي أن الفقهاء اصطلحوا على تسميته تعليقاً، وأعطوه حكم التعليق، لا حكم الإضافة، ولهذا نجدهم يفرقون تفرقة عملية بين قول السيد لعبده: «أنت حر غداً» وقوله له: «إذا جاء غد فأنت حر» فإن السيد في الحالة الأولى لا يملك بيع العبد قبل الغد، وفي الحالة الثانية يملك بيعه قبل الغد.

كما يفرقون بين قول القائل: لله على أن أتصدق بكذا غداً، وقوله: إذا جاء غد فلله على أن أتصدق بكذا، ففي الحالة الأولى يجوز له أن يعجل الصدقة قبل الغد، وفي الحالة الثانية لا يجوز له التصدق قبل الغد[2].

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف ص ٢٦٦، والمدخل للفقه الإسلامي الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦١٦، وقارنه بما في صفحة ص ٦١٧، والفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ف ٢٤٢، وقارنها مع ف ٢٤٥ و ف ٢٤٧ هامش، ومرشد الحيران مادة ٣١٨، والأشباه والنظائر بشرح الحموي ٢:٢٢٤ وقارنه مع ما في الشرح ص ٢٢٥، وما في الأشباه ١:٢٥٥، والأجل في الالتزام للدكتور عبد الناصر العطار ص ٦٢ ـ ٧٢.

(٢) ابن عابدين ٤:٣٢٣، والأشباه والنظائر بشرح الحموي ١:٢٥٥.

حكم البيع المعلق:

عقد البيع لا يقبل التعليق، فإذا علق فسد العقد عند جمهور الفقهاء[1]، فلو قال شخص لآخر: بعتك داري هذه بألف إن باع لي فلان داره، فقال: قبلت، فالبيع غير صحيح.

ولكن يستثنى بعض العلماء من هذا، التعليق على رضا شخص ثالث، فإنه لا يفسد البيع إذا وقت بما لا يزيد على مدة خيار الشرط، فإذا قلت لآخر: بعتك داري هذه بألف إن رضى فلان، في مدى ثلاثة أيام، فقال لك: قبلت، صح البيع؛ لأن هذا في معنى اشتراط الخيار لأجنبي، وهو شرط جائز[2].

علة فساد البيع المعلق:

والعلة في فساد البيع مع التعليق هي:

١ ـ الغرر[3]، فإن كلا من المتبايعين لا يدريان ـ في البيع المعلق ـ هل يحصل الأمر المعلق عليه فيتم البيع، أو لا يحصل فلا يتم، كما لا يدريان متى يحصل في حالة حصوله، وقد يحصل في وقت تكون فيه رغبة المشتري أو البائع قد تغيرت، ففي البيع المعلق غرر من حيث حصوله وعدمه، وفيه غرر أيضاً من حيث وقت حصوله، وفيه غرر كذلك من حيث تحقق الرضا وعدمه عند حصول المعلق عليه. والحنفية يجعلون في التعليق قماراً، ففي الدر المختار: «.. لأنها

(١) ابن عابدين ٤:٣٠٨، الفروق ١:٢٢٨ ـ ٢٢٩، والمجموع ٩:٣٤٠، والإقناع ٣:١٥٧، والفروع ٢:٣٨٤، والمغني ٦:٥٩٩، والبحر الزخار ٢:٢٩٣.

(٢) ابن عابدين ٤:٣٠٩، والحنابلة لا يجوزون التعليق على رضا شخص ثالث. الإقناع مع الكشاف ٣:١٥٧.

(٣) البحر الزخار ٣:٣٩٣، والمهذب مع المجموع ٩:٣٤٠، وأحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف ص ٢٦٠، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ مدكور ص ٦٢٠.

تمليكات للحال فلا تضاف للاستقبال، كما لا تعلق بالشرط لما فيه من القمار»[1].

٢ ــ منافاة التعليق للعقد، لأن البيع من عقود التمليك المالية، والأصل في هذه العقود أن يترتب عليها أثرها في الحال، فتنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، والتعليق يمنع ذلك[2].

٣ ــ عدم تحقق الرضا بالعقد مع التعليق؛ وذلك لأن الرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق؛ لأن الشأن في المعلق عليه أن يكون متردداً بين الحصول وعدمه، وإذا كان الأمر كذلك فلا يوجد رضا بأمر ثابت مستقر، والأملاك لا تنتقل بمثل هذا الرضا المتأرجح[3].

رأى ابن تيمية في تعليق البيع:

يرى ابن تيمية جواز تعليق العقود بالشروط، إذا كان في ذلك منفعة للناس، ولم يكن متضمناً ما نهى الله عنه ورسوله، وهذا متفق مع مبدئه من أن الأصل في الشروط الجواز، حتى يقوم الدليل على المنع؛ لأن التعليق نوع من الاشتراط في العقد.

وقد ذكر ابن تيمية عن الإمام أحمد، جواز تعليق البيع بشرط وقال: إنه لم يجد عنه ولا عن قدماء أصحابه نصاً يخالف ذلك، وإن عدم جوازالتعليق ذكره المتأخرون من أصحاب أحمد، كما ذكر ذلك المتأخرون من أصحاب الشافعي[4].

وتبع ابن تيمية تلميذه ابن القيم في إجازة التعليق، قال في إعلام الموقعين:

---

(١) ابن عابدين ٤: ٣٢٤. ومثله في الزيلعي ٤: ١٣١.

(٢) ابن عابدين ٤: ٣٢٤، وكشاف القناع ٣: ١٥٧، ط أنصار السنَّة ١٣٦٦هـ.

(٣) الفروق ص ٢٢٨ ــ ٢٢٩، والملكية ونظرية العقد للأستاذ أبي زهرة ص ٢٥٣. وانظر الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ١: ف ١٥٤.

(٤) نظرية العقد ص ٢٢٧.

«وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف. . . ونص الإمام أحمد على جواز تعليق البيع في قوله: إن بعت هذه الجارية فأنا أحق بها بالثمن، واحتج بأنه قول ابن مسعود»[1].

ويدفع ابن تيمية حجة القائلين بأن في تعليق البيع غرراً بما يأتي:

«أما قول القائل: «إن هذا غرر»، فيقال: إن النبي ﷺ نهى أن يكون الغرر مبيعاً، ونهى عن أن يباع ما هو غرر، كبيع السنين، وحبل الحبلة، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وعلل ذلك بما فيه من المخاطرة التي تتضمن أكل المال بالباطل، كما قال: «أرأيت إن منع الله الثمرة بما يأكل أحدكم مال أخيه بغير حق؟» وهذا هو القمار، وهو المخاطرة التي تتضمن أكل المال بالباطل، فإنه متردد بين أن يحصل مقصوده بالبيع، وبين ألا يحصل، مع أن ماله يؤخذ على التقديرين، فإذا لم يحصل كان قد أكل ماله بالباطل، وأما البيع نفسه فليس غرراً، بل هو عقد واقع لا يسمى غرراً سواء كان منجزاً أو معلقاً بشرط، فإن النذر المعلق بالشرط لا يسمى غرراً وتعليق العقد بشرط لا يسمى غرراً، وأمثال ذلك. وذلك أن هذا عقد على صفة معينة، لا يتناول غير تلك الصفة، فإن حصلت تلك الصفة حصل العقد، وإن لم يكن هنالك عقد[2]، فهذا ليس بتغرير، وإنما التغرير[3]: أن يعقد له عقداً يأخذ فيه ماله، ويبقى في العوض الذي يطلبه على مخاطرة، فإن لم يحصل كان قد أكل

---

(١) إعلام الموقعين ٣: ٢٣٧ ــ ٣٣٨، ط المنبرية، وأيد رأي ابن تيمية وابن القيم بعض الفقهاء المحدثين. انظر أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف ص ٢٦٥، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٣٠ ــ ٦٣١، والفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للأستاذ الزرقا ١: ف ٢٣٣ ــ ٢٣٧.

(٢) هكذا في النسخة التي بيدى، ولعل الصواب: وإن لم تحصل لم يكن هناك عقد.

(٣) استعمل ابن تيمية هنا التغرير مكان الغرر، راجع ص٥٥.

ماله بالباطل، فهذا هو الغرر الذي يدخل بيعه في معنى القمار والميسر الذي حرمه الله ورسوله ﷺ.

فأما كون العقد جائزاً يجوز أن يلزم إن وجد شرط لزومه، ويجوز ألا يلزم، أو كونه يجوز أن ينعقد إن وجد شرط انعقاده، ويجوز ألا ينعقد، فليس هذا مما دخل في نهيه ﷺ، وليس هذا من القمار؛ لأن العقد إن حصل، أو لزم، حصل المقصود بحصوله ولزومه، وإن لم يحصل، أو لم يلزم، لم يحصل المقصود بحصوله ولزومه، فعلى التقديرين لا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر بالباطل أصلاً، ولا قمر أحدهما الآخر.

ألا ترى أنه في بيع الملامسة والمنابذة، إذا أوجبنا البيع قبل رؤية المشتري للمبيع، كان هذا مخاطرة وقماراً، فإنه قد يكون جيداً يرضاه، وقد لا يكون، فإذا التزم به قبل معرفته كان قماراً، وهذا لا يجوزه أحد من الأئمة.

وأما إذا رأيا الثوب وقال: إذا نبذته إليك فقد بعتك هذا؛ فهذا تعليق على إقباضه له، وهو من جنس بيع المعاطاة، فإنه ينعقد بالإعطاء، ولا فرق بين قوله: آخذ هذا الثوب بدرهم، وبين قوله: إن أخذته فهو علي بدرهم، ولا فرق بين قوله: أنبذ إلي هذا الثوب أو ألقه إلي، أو اطرحه إلي، أو سلمه إلي، أو أعطنيه بدرهم، وبين قوله: إن نبذته أو ألقيته أو طرحته إلي فهو علي بدرهم[1]، فإذا كان قد نشر الثوب وعلماه، لم يكن في هذا من المقامرة شيء»[2].

(١) أن كان ابن تيمية يريد أنه لا فرق بين التنجيز والتعليق في هذه الأمثلة في حالة حدوث المعلق عليه في مجلس العقد، فمسلم. أما إن كان يريد أنه لافرق بينهما، ولو كان المعلق عليه سيحدث في المستقبل وفي أي وقت أراده البائع، فغير مسلم، لأن الفرق هنا واضح، فالأمر في حالة التعليق في يد البائع، يستطيع أن يلزم المشتري بالعقد في أي وقت شاء، وقد لا تكون للمشتري رغبة في الثوب في الوقت الذي ينبذه إليه البائع، وفي هذا مخاطرة وغرر من جانب المشتري.

(٢) نظرية العقد ص ٢٢٧ ــ ٢٢٩.

ويدفع ابن تيمية الحجة الثانية القائلة بأن في التعليق منافاة للعقد بأنه على أصل فاسد هو: أن موجب عقد البيع التسليم في الحال. وسبب فساده . أصل لم يدل عليه الشرع، بل إن الشرع دل على خلافه، فالنبي ﷺ جوز بيع الثمر بعد بدو الصلاح مستحق البقاء إلى كمال الصلاح. فموجب العقد عند ابن تيمية تارة يكون استحقاق التسليم عقبه، وتارة يكون تأخير التسليم لمصلحة من المصالح التي تقتضي التأخير[1].

وقد أيد ابن القيم رأي أستاذه بعبارة قوية ننقلها فيما يلي:

قال: «وقولهم إن موجب العقد التسليم في الحال»، جوابه: أن موجب العقد إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد، أو ما أوجبه المتعاقدان مما يسوغ لهما أن يوجباه، وكلاهما منتف في هذه الدعوى، فلا الشارع أوجب أن يكون كل مبيع مستحق التسليم عقيب العقد، ولا العاقدان التزما ذلك، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه، وتارة يشترطان التأخير، إما في الثمن، وإما في المثمن، وقد يكون للبائع غرض صحيح ومصلحة في تأخير التسليم للمبيع، كما كان لجابر رضي الله عنه غرض صحيح في تأخير تسليم بعيره إلى المدينة، فكيف يمنعه الشارع ما فيه مصلحة له، ولا ضرر على الآخر فيه، ولو لم ترد السنة بهذا، لكان محض القياس يقتضي جوازه.

وقد اتفق الأئمة على صحة بيع الأمة المزوجة، وإن كانت منفعة البضع للزوج، ولم تدخل في البيع، واتفقوا على جواز تأخير التسليم إذا كان العرف يقتضيه، كما إذا باع مخزناً له فيه متاع كثير لا ينقل في يوم ولا أيام؛ فلا يجب عليه جمع دواب البلد ونقله في ساعة واحدة؛ بل قالوا: هذا مستثنى بالعرف، فيقال: وهذا من أقوى الحجج عليكم، فإن المستثنى بالشرط أقوى من المستثنى بالعرف،

(١) القياس لابن تيمية ص ٢٨، ونظرية العقد له ص ٢٣٤.

كما انه أوسع من المستثنى بالشرع، فإنه يثبت بالشرط ما لا يثبت بالشرع، كما أن الواجب بالنذر أوسع من الواجب بالشرع.

وأيضاً فقولكم: إن موجب العقد استحقاق التسليم عقيبة، أتعنون أن هذا موجب العقد المطلق، أم مطلق العقد؟ فإن أردتم الأول فصحيح، وإن أردتم الثاني فممنوع، فإن مطلق العقد ينقسم إلى المطلق والمقيد، وموجب العقد المقيد ما قيد به، كما أن العقد المقيد بتأجيل الثمن وثبوت خيار الشرط والرهن والضمين هو ما قيد به، وإن كان موجبه عند إطلاقه خلاف ذلك؛ فموجب العقد المطلق شيء، وموجب العقد المقيد شيء. والقبض في الأعيان والمنافع كالقبض في الدين، والنبي ﷺ جوز بيع الثمرة بعد بدو الصلاح مستحقة الإبقاء إلى كمال الصلاح، ولم يجعل موجب العقد، القبض في الحال، بل القبض المعتادعند انتهاء صلاحها[1].

هذه وجهة نظر ابن تيمية، وهي تقوم على ثلاث نقاط:

إحداها: أن الغرر المنهي عنه هو ما كان في المبيع، فالنبي ﷺ نهى أن يباع ما هو غرر، كبيع السنين، وحبل الحبلة، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، أما البيع نفسه فلا يسمى غرراً، سواء أكان منجزا أم معلقاً بشرط، ولهذا فإن النهي لا يتناوله. وقد بينا رأينا في هذه المسألة عند شرحنا لحديث النهي عن بيع الغرر في الفصل الثاني من الباب الثاني[2]، ووضحنا: أن الغرر يكون في صيغة العقد، كما يكون في محله، ولعل أوضح مثال للغرر في الصيغة هو العقد المعلق، فإن العاقدين لا يدريان، هل يحصل العقد أو لا يحصل؟ وإذا حصل فإنهما لا يدريان وقت حصوله.

(١) إعلام الموقعين ٢: ١٠، ط السعادة ١٣٧٤هـ.

(٢) ص٨٢-٨٣.

ثانيتها: أن الغرر المنهى عنه ما كان فيه أكل للمال بالباطل، وليس في تعليق البيع أكل للمال بالباطل. يوضح ذلك: بيع الثمرة قبل بدو صلاحها فإنه من الغرر المنهى عنه؛ لأنه متردد بين أن يوجد الثمر كما توقعه المشتري وبين ألا يوجد كما توقعه، مع أن البائع أخذ مال المشتري على التقديرين، فإذا لم يوجد كما توقعه كان البائع قد أكل مال المشتري بالباطل.

أما البيع المعلق، فإنه عقد على صفة معينة، يجوز أن يوجد إن وجد الشرط المعلق عليه، وفي هذه الحالة يلزم الثمن، ويجوز ألا يوجد إن لم يوجد المعلق عليه، وفي هذه الحالة لا يلزم المشتري شيء، فعلى التقديرين، تقدير وجود العقد وتقدير عدم وجوده، لا يكون أحد المتعاقدين قد أكل مال الآخر بالباطل.

يزيد ذلك وضوحاً أنه في بيع المنابذة، إذا التزم المشتري بالمبيع قبل رؤيته له بالثمن الذي اتفقا عليه، كان من الغرر المنهى عنه؛ لأن المبيع قد لا يكون كما توقعه المشتري، وفي هذه الحالة يكون البائع قد أكل مال المشتري بالباطل، أما إذا رأى المشتري الثوب وقال له البائع: إذا نبذته إليك فقد بعتك بكذا وقبل المشتري، فإن هذا تعليق للبيع على نبذ المبيع، وليس من الغرر المنهى عنه، لأنه ليس فيه أكل للمال بالباطل، فإن المشتري يدفع ماله للبائع نظير الثوب الذي رآه ورضي به، هذا إذا نبذ إليه الثوب، أما إذا لم ينبذه فإنه لا يدفع شيئاً.

وليس الأمر عندي، كما قال ابن تيمية، فإني أرى: أن التعليق قد يؤدي إلى أكل المال بالباطل في حالة وجود العقد؛ وذلك لأن العقد سيوجد في وقت مستقبل، لا يعلم العاقدان كيف يكون فيه حال السلعة، وكم قيمتها، فلو باع شخص سلعة بمائة جنيه بيعا معلقاً، وعند حصول الأمر المعلق عليه نزل سعر تلك السلعة فأصبح سبعين جنيها، أو زاد فأصبح مائة وثلاثين جنيها، ألا يكون أحدهما قد أكل مال الآخر بالباطل؟ وهل هناك فرق بين هذا البيع، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه؟ فكما أن بيع الثمر قبل بدو صلاحه متردد بين أن يوجد، كما توقعه

المشتري، وألا يوجد كما توقعه، فكذلك البيع المعلق متردد بين أن تكون قيمة السلعة عند وجود العقد كما توقعها المشتري، وألا تكون كما توقعها. فأكل المال بالباطل موجود في البيعين على حد سواء، ولذا فإني أرى منع تعليق البيع إلا إذا تعينت الحاجة إليه.

ثالثها: إنه لم يرد في الشرع ما يدل على أن موجب عقد البيع التسليم في الحال، حتى يقال: إن التعليق ينافي عقد البيع، بل إن الشارع جوز تأخير تسليم المبيع إذا اقتضت المصلحة ذلك.

وإني أرى: أن ما قرره جمهور الفقهاء من أن موجب عقد البيع التسليم في الحال، هو الأصل والغالب، ولكن هذا لا يمنع العاقدين من أن يتفقا على تأخير تسليم المبيع، للأدلة التي وردت في كلام ابن تيمية وابن القيم، على أن التعليق في نظري، ليس فيه تأخير لتسليم المبيع، وإنما فيه تأخير للعقد نفسه، وجعل وجوده موقوفاً على وجود الأمر المعلق عليه على رأي الحنفية، فبحث منافاة تأخير تسليم المبيع لموجب عقد البيع يكون مقبولاً في البيع المنجز الذي يشترط فيه تأخير التسليم، ولا محل له في العقد المعلق.

(ب) العقد المضاف:

تعريفه والفرق بينه وبين العقد المعلق:

العقد المضاف هو ما أضيف فيه الإيجاب إلى زمن مستقبل، مثاله في البيع، أن يقول شخص لآخر: بعتك داري هذه بكذا من أول الشهر القادم، فيقول له: قبلت، والذي يؤخذ من ظاهر الأمثلة التي يذكرها الفقهاء للعقد المضاف، أن المضاف إليه لا بد أن يكون محقق الوقوع، ولكنا لو أخذنا بهذا الظاهر لخرجت بعض العقود عن التنجيز، والتعليق، والإضافة، فإذا قال شخص لآخر: بعتك داري عند قدوم فلان من سفره، ففي أي قسم نضع هذا العقد؟ واضح أنه ليس منجزاً، والظاهر أنه غير معلق؛ لعدم وجود أداة التعليق، وإذا قلنا: إن العقد

المضاف يشترط أن يكون ما أضيف إليه محقق الحصول، كان غير مضاف أيضا؛ لأن قدوم فلان محتمل الحصول.

لهذا فإنني أرى: أن المضاف إليه يكون محقق الحصول، وهو الغالب، وقد يكون محتمل الحصول، كما أن المعلق عليه يكون محتمل الحصول، وهو الغالب، وقد يكون محقق الحصول. وعلى هذا يكون الفارق بين التعليق والإضافة من حيث الصورة، هو وجود أداة التعليق وعدمها.

والعقد المضاف لا يترتب عليه أثره في الحال، وإنما يتأخر إلى مجيء الوقت الذي أضيف إليه، وهو في هذا يتفق مع العقد المعلق، فإن أثره يتأخر أيضاً إلى حصول الأمر المعلق عليه، غير أن الحنفية يفرقون بينهما، بأن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم، فإذا قلت لشخص: بعتك داري بكذا فقال لك: قبلت، كانت هذه الصيغة سبباً للبيع، وترتب عليها أثرها في الحال، أما إذا قلت له: بعتك داري بكذا إن باع لك فلان داره، فقد منعت انعقاد العقد سبباً للحال، وجعلته متأخراً إلى وجود الشرط المعلق عليه، فعند وجوده ينعقد سبباً مفضيا إلى حكمه.

أما الإضافة فلا تمنع الصيغة المضافة من أن تكون سبباً للحكم في الحال فإذا قلت: بعتك داري بكذا من أول الشهر القادم، انعقد سبباً، وإنما يتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه، فالإضافة لا تخرج العقد عن السببية، بل تؤخر حكمه فقط، بخلاف التعليق فإنه يمنع السببية في الحال، وإذا امتنعت السببية لم يترتب الأثر، فإرجاء الأثر في حالة التعليق تبعا، أما إرجاؤه في حالة الإضافة فيجيء أصالة[1].

(١) ابن عابدين ٤: ٣٣٢.
الشافعية لا يرون هذه التفرقة، فكل من العقد المعلق والعقد المضاف يكون عندهم سبباً لحكمه للحال، وإنما يتأخر الحكم بسبب الإضافة في المضاف، وبسبب التعليق في المعلق. أحكام المعاملات للأستاذ الخفيف ص ١٥٩ والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ مدكور ص ٦٢٢. وقد لاحظت أن الشافعية يسمون الإضافة تعليقاً أحياناً. انظر المجموع ٩: ٣٤٠.

حكم البيع المضاف:

عقد البيع لا يقبل الإضافة عند جمهور الفقهاء[1]، كما لا يقبل التعليق، فإذا أضيف البيع إلى زمن مستقبل فسد العقد، فلو قلت لشخص: بعتك داري هذه بكذا من أول الشهر القادم، فقال لك: قبلت: لا يصح البيع.

والعلة في فساد البيع مع الإضافة، هي نفس العلة في فساده مع التعليق: الغرر، ومنافاة الإضافة لعقد البيع، وعدم تحقق الرضا في بعض الصور[2]، غير أن منافاة الإضافة للعقد أظهر من منافاة التعليق له؛ وذلك لأن الإضافة ترجىء الأثر، ولا تمنع السببية، كما قلنا، فتكون المنافاة ظاهرة؛ لأنه إذا انعقد سبباً لحكمه، وسلمنا أن الأصل أن يترتب على العقد أثره بمجرد انعقاده سبباً، وجاءت الإضافة فأرجأت ذلك الأثر، فإنها تكون منافية للعقد من غير شك.

أما التعليق فإن منافاته للعقد غير ظاهرة؛ وذلك لأن التعليق يمنع العقد من أن يكون سبباً لحكمه، أي أن العقد نفسه لا يوجد إلا عند وجود الأمر المعلق عليه، وإذا لم يوجد العقد لا يوجد أثره بداهة، فالقول بأن التعليق ينافي العقد قول غير سليم، لأن الأثر لم يتخلف بسبب التعليق، وإنما تخلف لعدم وجود سببه[3].

وأما الغرر فإنه أظهر في التعليق منه في الإضافة، وذلك لأن العقد المعلق في أكثر صوره لا يدري هل يحصل أو لا يحصل، وإذا حصل لا يدري وقت حصوله، فهو عقد مستور العاقبة، أما العقد المضاف فإنه في أكثر صوره محقق

(١) خالف ابن تيمية وابن القيم الجمهور هنا، كما خالفاهم في العقد المعلق، وحجتهما هنا هي حجتهما هناك.

(٢) انظر ص١٥٩.

(٣) هذه الملاحظة مبنية على رأي الحنفية في التفرقة بين التعليق والإضافة، أما على رأي الشافعية فإن المنافاة واضحة في الحالين، لأن كلا من التعليق والإضافة، عند الشافعية، يرجىء الحكم ولا يمنع السبب.

الحصول، ومعروف وقت حصوله، فمن أين يأتيه الغرر؟

الحقيقة أني لا أكاد ألمح غرراً في الإضافة إلا من جهة ما يحتمل أن يحدث في بعض الأحيان من زوال مصلحة أحد العاقدين ورضاه بالعقد عند مجيء الزمن المضاف إليه، فلو أن شخصاً اشترى سلعة بعقد مضاف ثم تغيرت ظروفه أو تغيرت السوق فانخفض سعر تلك السلعة في الوقت الذي أضيف إليه العقد، فإن المشتري يكره من غير شك تنفيذ ذلك العقد ويندم على الإقدام عليه، بل ربما تتغير السلعة نفسها فيقع النزاع بين المتبايعين.

ومن هنا نستطيع أن نقول: إن الغرر يدخل العقد المضاف من جهة كون المتعاقدين لا يدريان في الوقت الذي أبرما فيه العقد كيف يكون رضاهما بالعقد ومصلحتهما فيه عند ترتب أثره عليه، كما أنهما لا يدريان كيف يكون المبيع في ذلك الوقت[1].

وأما عدم تحقق الرضا بالعقد فلا يوجد في العقد المضاف إلا في الحالات القليلة التي قلنا: إن المضاف إليه قد يكون فيها غير محقق الوقوع.

التعليق والإضافة في القانون:

تحدث القانون المصري عن التعليق والإضافة في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان «الشرط والأجل» وذلك في المواد **٢٦٥ ــ ٢٧٤**.

وسنلخص من أحكام القانون ما يتعلق بموضوعنا، فنتكلم عن:

١ ــ معنى التعليق والإضافة في القانون.

٢ ــ حكم البيع المعلق والمضاف.

٣ ــ أثر التعليق والإضافة.

(١) هذ المعنى موجود أيضاً في العقد المعلق زيادة على المعاني التي ذكرناها، ولهذا كان الغرر في التعليق أظهر، وأكثر منه في الإضافة.

١ ــ تعريف الالتزام المعلق والالتزام المضاف :

(أ) الإلتزام المعلق :

يستفاد من المادة ٢٦٥[1] أن الالتزام[2] المعلق على شرط هو «ما كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع».

فالمعلق عليه ــ الشرط ــ لا بد أن يكون:

١ ــ أمراً مستقبلاً.

٢ ــ غير محقق الوقوع.

فلو علق الالتزام على أمر واقع كان التزاماً منجزاً، لا معلقاً، ولو كان المتعاقدان على جهل بذلك. وإذا كان الأمر مستقبلاً، ولكنه محقق الوقوع لا يكون الالتزام معلقاً، وإنما يكون هذا من قبيل الإضافة كما سيأتي.

ويستفاد من هذه المادة أيضاً أن الشرط ــ المعلق عليه ــ قد يترتب على تحققه وجود الالتزام، وهو ما يعرف بالشرط الموقف أو الواقف، وقد يترتب على تحققه زوال الالتزام، وهو ما يعرف بالشرط الفاسخ[3].

التعليق على الشرط المستحيل:

ويستفاد من المادة ٢٦٦[4] أن الشرط المعلق عليه يجب أن لا يكون

(١) نص المادة: «يكون الالتزام معلقاً على شرط إذا كان وجوده أو زواله مترتباً على أمر مستقبل غير محقق الوقوع».

(٢) يراعى أن التعليق يرد على الالتزام ذاته، دون العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، فالواقع أن كل تعبير عن الإرادة يتضمن صورة من صور التعليق ينشىء التزاماً شرطياً. مذكرة المشروع التمهيدي، مجموعة الأعمال التحضيرية ٣: ٧.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣: ٧، والموجز للدكتور السنهوري ص ٤٦٥ و ٤٦٨ و ٤٦٩.

(٤) نص المادة: ١٠ ــ لا يكون الالتزام قائماً إذا علق على شرط غير ممكن أو على شرط مخالف للآداب، أو النظام العام، هذا إذا كان الشرط واقفاً، أما إذا كان فاسخاً فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم.

مستحيلاً، فإن من مستلزمات التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط «معدوماً على خطر الوجود» لا يستطاع الجزم بما سيكون من أمره، فمتى كان الشرط مستحيلاً، وهو ما يمتنع تحققه بحكم الواقع، انتفت حقيقة التعليق، فإذا كان الشرط المستحيل شرطاً واقفا فالالتزام لن يوجد، وإذا كان شرطاً فاسخاً فالشرط نفسه يعتبر غير قائم، وعلى هذا فلن يزول الالتزام بسببه[1].

العقد المعلق لا يدخل في عقود الغرر:

يفرق القانونيون بين العقد المعلق على شرط واقف، وعقد الغرر، بأن العقد المعلق يتوقف وجوده ذاته على تحقق الشرط، أما عقد الغرر فعقد محقق الوجود، وغير المحقق فيه هو: من من المتعاقدين هو الذي يكسب، ومن هو الذي يخسر؟[2].

هذه التفرقة مبنية على أن القانون لا يعرف الغرر في صيغة العقد، فالغرر في القانون لا يكون إلا في محل العقد كما بينا[3].

(ب) الالتزام المضاف:

الالتزام المضاف هو: ما كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع. فالمضاف إليه ــ الأجل ــ لا بد أن يكون:

١ ــ أمراً مستقبلاً، فهو في هذا يتفق مع الشرط فإذا كان الأجل أمراً قد تم في الماضي، فإن الالتزام يكون منجزاً لا مقترناً بأجل، مثال ذلك أن يحدد الملتزم أجلا لتنفيذ التزامه موت شخص معين، ويكون هذا الشخص قد مات قبل ذلك دون أن يعلم الملتزم.

٢ ــ أمراً محقق الوقوع، وهذا هو الفارق الجوهري بين الأجل والشرط.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣: ٩، والموجز ف ٤٧٠.

(٢) الوسيط ٧: ٩٨٨.

(٣) انظر ص٧١.

ولا يلزم من كون الأجل أمراً محقق الوقوع، أن يكون وقت وقوعه معروفاً، فالمهم هو التحقق من وقوعه، سواء كان وقته معروفاً أو غير معروف، فالموت أجل وإن كان وقته غير متيقن؛ لأنه واقع لا ريب فيه. والأجل كالشرط قد يكون أجلاً واقفاً إذا توقف عليه نفاذ الالتزام، وقد يكون أجلاً فاسخاً إذا أضيف إليه زوال الالتزام[1].

٢ ــ حكم البيع المعلق والمضاف في القانون:

يصح تعليق البيع على الشرط وإضافته إلى الأجل في القانون إلا في حالتين:

إحداهما: التعليق على الشرط غير المشروع:

وذلك إذا كان الشرط المعلق عليه غير مشروع بسبب مخالفته للآداب، أو النظام العام، أو القانون، وفي هذه الحالة إذا كان الشرط موقفاً يكون الالتزام معدوما، أما إذا كان الشرط فاسخاً، فإن كان هو الدافع إلى التعاقد فإن الالتزام يكون معدوماً أيضاً؛ لأنه يكون في هذه الحالة عنصراً جوهريا من عناصره، وإن لم يكن الشرط هو السبب الدافع إلى الالتزام، فإن الشرط هو الذي يعتبر غير قائم[2].

ثانيتهما: التعليق على الشرط الإرادي المحض[3] من جانب المدين:

وهذا خاص بالشرط الواقف فإنه يجب أن لا يكون رهينا بمشيئة المدين

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣: ٢٢ ــ ٢٥، المادة ٢٧١، ونصها:
١ ــ يكون الالتزام لأجل، إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مترتباً على أمر مستقبل محقق الوقوع.
٢ ــ ويعتبر الأمر محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه. ومن أمثلة الأجل الفاسخ عقد الإيجار يلتزم فيه المؤجر بترك المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مدة معينة فإذا حل الأجل زال الالتزام. الموجز ف ٤٦٥ و ٤٨٢ و ٤٨٣ و ٤٨٤.

(٢) المادة ٢٦٦ ومذكرتها: مجموعة الأعمال التحضيرية ٣: ٨ ــ ٩، والموجز ف ٤٧٠.

(٣) الشرط الإرادي المحض هو: ما يعلق تنفيذ التعاقد فيه على أمر موكول تحققه أو تخلفه إلى إرادة أحد المتعاقدين: مجموعة الأعمال التحضيرية ٣: ١٢، والموجز ص ٤٦٩.

وحدها، فإذا علق الالتزام على شرط واقف، وكان هذا الشرط موكولا تحققه أو تخلفه إلى إرادة المدين وحدها، فإن الالتزام لا يكون قائماً[1].

٣ ــ أثر التعليق والإضافة على الالتزام:

(أ) التعليـق:

الالتزام المعلق على شرط واقف لا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط فإن الالتزام يظل معدوماً على خطر الوجود ما بقي التعليق قائماً، ولذا لا يكون قابلاً للتنفيذ القهري، ولا للتنفيذ الاختياري[2] ولكنه لا يكون مجرد أمل للدائن، بل يكون حقا محتمل الوجود قانونا، ولذا يترتب عليه بعض النتائج، وأهمها أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه[3].

أما الالتزام المعلق على شرط فاسخ، فإنه يظل قائماً حتى يتحقق الشرط فإذا تحقق الشرط الفاسخ زال الالتزام، أما قبل تحققه فيثبت للدائن حق ناجز، ولكنه قابل للزوال، ويترتب على هذا أن التصرفات التي تؤسس عليه تقع مرهونة بمصيره، وتكون قابلة للزوال[4].

الاستناد أو الأثر الرجعي للشرط:

(أ) القاعدة العامة:

أن الشرط موقفاً كان أو فاسخا، إذا تحقق انسحب أثره إلى وقت التعاقد، فالدائن بالتزام معلق على شرط موقف يترتب حقه، لا من وقت تحقق الشرط فحسب، بل من تاريخ انعقاد العقد، وكذلك الشأن في حق الدائن بالتزام معلق

---

(١) المادة ٢٦٨ ومذكرتها: مجموعة الأعمال التحضيرية ٣: ١٠ ــ ١٣.

(٢) فإذا أدى المدين ما عليه اختياراً قبل تحقق الشرط، لا يعتبر أداؤه هذا وفاء بما هو مستحق، ويكون له أن يسترد ما أدى.

(٣) المادة ٢٦٨ ومذكرتها: مجموعة الأعمال التحضيرية ٣: ١٣ ــ ١٥، والموجز ف ٤٧٢: ٤٧٥.

(٤) المادة ٢٦٩ ومذكرتها: مجموعة الأعمال التحضيرية ٣: ١٦ ــ ١٧، والموجز ف ٤٧٣ و ٤٧٧.

على شرط فاسخ، فهو يعتبر كأن لم يكن قد ترتب قط، لا من وقت تحقق الشرط بل من تاريخ انعقاد العقد.

يستثنى من هذه القاعدة ثلاثة أحوال:

الحالة الأولى: إذا تبين من إرادة المتعاقدين أن وجود الالتزام، أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

الحالة الثانية: إذا تبين من طبيعة العقد أن وجود الالتزام، أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط.

الحالة الثالثة: إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه[1].

(ب) الإضافة:

الالتزام المضاف إلى أجل واقف لا يكون نافذاً إلا عند حلول الأجل، ولكنه في الفترة التي قبل حلول الأجل يجعل للدائن حقا مؤكد الوجود، لا مجرد حق احتمالي كما في الشرط، ويترتب على هذا أن المدين إذا أدى إلى الدائن حقاً مؤجلاً قبل حلول الأجل، فليس له أن يسترد ما دفعه خلاف ما تقدم في الشرط. وكذلك الالتزام المضاف إلى أجل فاسخ لا يزول إلا عند حلول الأجل، وهو قبل حلول الأجل يكون للدائن فيه حق مؤكد الوجود نافذ، ولكنه محقق الزوال بحلول الأجل، ويترتب على هذا أن الدائن إذا تصرف في هذا الحق انتقل إلى من تصرف إليه محقق الزوال بحلول الأجل أيضاً. ولا يكون للأجل أثر رجعي على نقيض ما تقدم في تحقق الشرط[2].

• • •

(١) المادة ٢٧٠ ومذكرتها: مجموعة الأعمال التحضيرية ٣:١٨ ــ ٢١، والموجز ف ٤٧٩ و ٤٨٠.

(٢) المادة ٢٧٤ ومذكرتها: مجموعة الأعمال التحضيرية ٣:٣٣ ــ ٣٥، والموجز ف ٤٨٤ و ٤٨٦ و ٤٨٧.

الفصل الثاني
الغرر في محل العقد

تمهيـد:

محل العقد، أو المعقود عليه، هو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه[1] والمعقود عليه يطلق على ما يشمل البدلين في عقود المعاوضات[2] فنبحث الغرر في المبيع والثمن بالنسبة لعقد البيع.

الغرر في المبيع والثمن يرجع إلى أحد الأمور الآتية:

١ ــ الجهل بذات المحل.

٢ ــ الجهل بجنس المحل.

٣ ــ الجهل بنوع المحل.

٤ ــ الجهل بصفة المحل.

٥ ــ الجهل بمقدار المحل.

٦ ــ الجهل بأجل المحل.

٧ ــ عدم القدرة على تسليم المحل.

(١) أحكام المعاملات للأستاذ الخفيف ٢٦٧ والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٥٧٦.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٣:٢.

٨ ــ التعاقد على المعدوم.

٩ ــ عدم رؤية المحل.

وأتكلم عن كل واحد منها في مبحث، وقبل أن نشرع في التفصيلات أود أن أشير إلى أن أكثر نواحي الغرر ترجع إلى الجهالة في محل العقد، كما أود أن أشير إلى أنه لا خلاف بين الفقهاء في أن العلم بالمحل شرط لصحة العقد في البيع، فإذا كان المحل مجهولاً فسد العقد للغرر[1]، وإنما الخلاف بين الفقهاء في تحديد

---

(١) ففي البدائع: ومن شرائط الصحة في البيع أن يكون المبيع معلوماً، وثمنه معلوماً علماً يمنع المنازعة، فإن كان أحدهما مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة فسد البيع ٥: ١٥٦ وفي القوانين الفقهية: من شروط صحة البيع أن يكون المحل معلوماً، فلا يجوز بيع المجهول ص ٢٣٩، وفي المهذب: ولا يجوز بيع عين مجهولة كثوب من أثواب لأن ذلك غرر من غير حاجة ١: ٢٦٣، وفيه أيضاً: لا يجوز البيع إلا بثمن معلوم القدر والصفة فإن باع بثمن مجهول فالبيع باطل؛ لأن الثمن عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بقدره أو صفته كالمسلم فيه ١: ٢٦٦.

وفي المحرر: «ولا يصح البيع إلا بشرط معرفة المبيع...» ١: ٢٩١.

وفي المحلى: «ولا يجوز البيع حتى يعلم البائع والمشتري ما هو ويرياه جميعاً أو يوصف لهما». ٨: ٤٣٩، وفيه: «ولا يجوز البيع بثمن مجهول...» ٨: ٤٤٤.

وفي البحر الزخار: «يشترط كون الثمن والمبيع معلومين لنهيه ﷺ عن بيع الغرر» ٤: ٢٢٤.

وفي مفتاح الكرامة: «وشرط المعقود عليه العلم، فلا يصح بيع المجهول ولا الشراء به» ٤: ٢٢٤. وفيه: «ولا خلاف بيننا أن الثمن إذا كان مجهولاً بطل البيع إلا من ابن الجنيد».

وفي نيل الأوطار: «ومن جملة بيع الغرر بيع المجهول» ٥: ٢٤٤.

والقانون يتفق مع الفقه الإسلامي في اشتراط تعيين المحل والعلم به وإن كان يختلف معه فيما يحصل به العلم، تنص المادة ١٣٣ من التقنين المصرى على ما يأتي: «إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، وإلا كان العقد باطلاً».

وتنص المادة ٤١٩ منه على ما يأتي: «يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً...».

العلم الذي تنتفي به الجهالة المفسدة للبيع، وهذا الاختلاف بينهم يرجع في حقيقته إلى الاختلاف في نظرتهم إلى الغرر المؤثر في البيع، وسنرى هذا في المباحث التالية:

• • •

المبحث الأول

الجهـل بـذات المحـل

من أنواع الغرر الممنوع في البيع ما يرجع إلى الجهل بذات المبيع[١]، وذلك أن المبيع إذا كان مجهول الذات وإن كان معلوم الجنس، حصل النزاع في تعيينه، وهذا إنما يتأتى في الأشياء المتفاوتة إذا بيع واحد منها من غير تعيين لذاته، كبيع ثوب من ثياب مختلفة أو شاة من قطيع، فإن المبيع هنا يكون مجهولا جهالة فاحشة مؤدية إلى النزاع المشكل فيفسد البيع بسببها.

وإليك آراء الفقهاء في هذا الموضوع:

الحنفيـة:

بيع شاة من قطيع:

إذا قال شخص لآخر: بعتك شاة من هذا القطيع فالبيع فاسد؛ لأن الشاة من القطيع مجهولة جهالة مفضية إلى المنازعة؛ لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة، ولو عين البائع شاة وسلمها للمشتري ورضي بها جاز، وكان ذلك بيعاً مبتدأ بالمراضاة.

بيع ثوب من عدل[٢]:

(١) بداية المجتهد ٢:١٤٨، والفروق ٣:٢٦٥، ومفتاح الكرامة ٤:٢٢٤.

(٢) العدل نصف حمل البعير: قاموس، والمراد به ما توضع فيه الثياب من صندوق ونحوه.

ومثل بيع الشاة من القطيع بين ثوب من عدل، فلو قال: بعتك ثوباً من هذا العدل لم يصح[١].

بيع ثوب من ثوبين أو ثلاثة ــ خيار التعيين:

وكما لا يجوز بيع ثوب من عدل لا يجوز أيضاً، بيع ثوب من ثوبين أو ثلاثة؛ لأن المبيع مجهول في الحالين، هذا إذا لم يجعل للمشتري الخيار في اختيار أحد الثوبين أو الثلاثة، فإن جعل له الخيار وهو ما يعرف بخيار التعيين صح البيع عند أئمة الحنفية الثلاثة، استحسانا، وفي القياس يفسد؛ لأنه باع أحد الثوبين من غير تعيين، فكان المبيع مجهولاً فيمنع صحة البيع، كما لو باع ثوباً من عدل، ووجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن[٢].

ويفهم من كلام الكاساني أنه يرى البيع مع خيار التعيين جائزاً قياساً لا استحساناً، فهو ينازع أولاً: في كون المبيع مجهولا مع خيار التعيين، وذلك حيث يقول: «قوله المعقود عليه مجهول، قلنا: هذا ممنوع فإنه إذا شرط الخيار بأن قال: على أن تأخذ أيهما شئت، فقد انعقد البيع موجباً للملك عند اختياره، لا للحال، والمعقود عليه عند اختياره معلوم.

وينازع ثانياً: في كون الجهالة، على فرض وجودها، مفضية للمنازعة، وذلك حيث يقول: «مع أن هذه جهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنه فوض الأمر إلى

(١) البدائع ٥:١٥٦، ويجوز بيع قفيز من صبرة وإن كان مجهولاً، لأن الجهالة هنا لا تفضي إلى المنازعة، لأن الصبرة الواحدة متماثلة القفزان بخلاف الشاة من القطيع والثوب من العدل. البدائع ٥:١٥٨.

(٢) الأصل ص ١٣٥، ١٣٦، والمبسوط ١٣:٥٥، وابن عابدين ٤:٨٠، والزيلعي ٤:٤٨، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٥٩.

اختيار المشتري يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة[١].

ويرى الكمال: أن المبطل للعقد في بيع ثوب من عدل ليس هو الجهالة، وإنما هو عدم المبيع لكونه غير معين، ثم يقول الكمال: وكان مقتضاه أنه لا يجوز في ثوب من ثلاثة، لكن جاز على خلاف القياس[٢].

ويخالف زفر أئمة الحنفية فلا يجيز خيار التعيين تمشيا مع القياس، فلو اشترى ثوباً من ثلاثة ثياب، كل واحد منها بعشرة، على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسك أيها شاء، ويرد الباقي، فإن البيع لا يجوز لأن المبيع أحد الثياب، وهي متفاوتة في نفسها، وجهالة المبيع فيما يتفاوت يمنع صحة العقد، ولا يؤثر اشتراط الخيار عنده في إزالة الجهالة، بل هو يرى شرط الخيار يزيد في معنى الغرر[٣].

ويرى أئمة الحنفية أن اشتراط المشتري الخيار لنفسه يجعل الجهالة غير مفضية إلى المنازعة؛ لأن المشتري يستبد بالتعيين، والجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد[٤].

بيع رطل من لحم:

ومن صور الجهالة المانعة من صحة البيع عند الحنفية ما إذا قال: اشتريت من هذا اللحم رطلا بدرهم، ولم يبين الموضع، أما إذا بين الموضع بأن قال: زن لي من هذا الجنب رطلاً بكذا، أو من هذا الفخذ فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة، ويجوز عند الصاحبين[٥]، وقولهما أرجح عندي، لأنه ما دام الموضع معينا فلا جهالة؛ لأن لحم الفخذ مثلا كله سواء، أما إذا لم يعين الموضع بأن رأى لحم

(١) البدائع ٥:١٧٥.
(٢) فتح القدير، والعناية ٥:٨٧.
(٣) المبسوط ١٣:٥٥.
(٤) البدائع ٥:١٥٨.
(٥) المصدر السابق.

خروف مثلاً فقال: اشتريت من هذا اللحم رطلاً بدرهم، فإن الجهالة هنا متحققة؛ لأن لحم الخروف يفضل بعضه بعضاً، فإذا لم يعين الموضع حصل النزاع عند التسليم، وعرف الناس جرى على هذا، فإن المشتري يعين عادة نوع اللحم الذي يريده.

بيع عدد من جملة معدودات متفاوتة:

ومنها: ما لو باع عدداً من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بكذا، والجملة أكثر مما سمى، فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة، فإن عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك أو تراضياً عليه فهو جائز؛ لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطي[١].

الثمـن:

وكما لا يصح البيع إذا كان المبيع مجهول الذات كذلك لا يصح إذا كان الثمن مجهول الذات، فإذا باع سلعة بمائة شاة من هذا القطيع ونحوه لا يجوز؛ لجهالة الثمن[٢].

المالكيـة:

المالكية كالحنفية لا يجوزون بيع سلعة من سلع متعددة، اثنتين أو أكثر إذا لم يكن للمشتري الخيار في تعيينها.

أما إذا جعل للمشتري خيار التعيين، ويسمى عند المالكية بيع الاختيار، فالبيع صحيح، يقول الدسوقي: «وبيع الاختيار فقط بيع جعل فيه البائع للمشتري التعيين لما اشتراه، كأبيعك أحد هذين الثوبين على البت بدينار، وجعلت لك يوما أو يومين تختار فيه واحداً منهما[٣].

(١) البدائع ٥:١٥٨.
(٢) تحفة الفقهاء ٢:٦٣.
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٩١ ــ ٩٣، وانظر الحطاب ٤:٤٢٣/٤٢٥.

ولا بد لصحة بيع الاختيار عند المالكية من أن يتحد جنس المبيعين وصنفهما، فلو كانا مختلفين جنساً كثوب ودابة، أو صنفاً كرداء وكساء لم يصح البيع على الاختيار وإن اتحد الثمن، للجهل في المبيع، ولو كان الثمن مختلفاً لم يصح البيع أيضاً، وإن اتحد الجنس والصنف، كبيع ثوبين أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر على الاختيار؛ وذلك للجهل في الثمن، أما إذا كان اختلاف المبيعين في الجودة والرداءة فقط يصح البيع، كما لو باع ثوبين أحدهما أجود من الآخر، بثمن واحد على الاختيار؛ لأن الغالب الدخول على الأجود، فلا جهل في المبيع[1].

ومقتضى هذا أن خيار التعيين عند المالكية لا يكون إلا في الأشياء المتقاربة؛ لأن اشتراط كون الثمن متحداً لا يتحقق عملا إلا في هذه الحالة، وهذا خلاف مذهب الحنفية، فإنهم لا يشترطون اتحاد الثمن، وإنما الشرط عندهم أن يحدد لكل سلعة ثمنها، وأن تكون السلع التي يختار منها متفاوتة[2].

وأرى أن ما يشترطه الحنفية من التفاوت بين السلع، وما يشترطه المالكية من اتحاد الثمن غير سليم، فكثيراً ما يحتاج الإنسان إلى شراء ثوبين أو ثلاثة بثمن واحد ليختار منها واحداً، ولا يكون بينها اختلاف إلا في اللون أو الشكل، كما أن الإنسان قد يحتاج إلى شراء ثياب مختلفة الأثمان ليختار منها واحداً، وهذا أمر متعارف عليه، ولا غرر فيه، فلو أن الحنفية أجازوا خيار التعيين مع عدم التفاوت في الجودة والرداءة لكان مذهبهم مَتمشياً مع واقع الحياة العملية.

(١) الشرح الكبير للدردير ٣: ٥١، وهذه الصور الممنوعة تدخل عند المالكية في باب «بيعتين في بيعة». انظر ص١٠٧، وانظر المدونة ١٠: ٢٢.

(٢) المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٦١.

الشافعية:

لا يجوز عند الشافعية بيع عين مجهولة الذات، ولو جعل للمشتري الخيار في تعيينها، سواء قل العدد الذي فيه الخيار أو كثر، فلو قال شخص لآخر: بعتك ثوباً من هذه الثياب أو من هذين الثوبين كل منهما بكذا، على أن تختار أحدهما في مدة يومين فالبيع باطل، فالمذهب الشافعي لا يقول بخيار التعيين مطلقاً.

قال الشيرازي: ولا يجوز بيع عين مجهولة كبيع عبد من عبيد وثوب من أثواب، لأن ذلك غرر من غير حاجة»[1].

وقال النووي: «مذهبنا أنه لا يجوز بيع عبد من عبيد، ولا من عبدين، ولا ثوب من ثياب، ولا من ثوبين، سواء شرط الخيار أم لا»[2].

الحنابلة:

الحنابلة كالشافعية، لا يصح عندهم بيع سلعة من سلع متفاوتة، قليلة كانت أو كثيرة، كبيع عبد من عبدين وشاة من قطيع وشجرة من بستان، ولو جعل للمشتري خيار التعيين.

ويعلل الحنابلة عدم الجواز بما يأتي:

١ ـ المبيع مجهول وغرر.

٢ ـ هذا البيع لا يصح من غير شرط الخيار باتفاق، فلا يصح مع شرطه.

٣ ـ لا حاجة تدعو إلى خيار التعيين، لأن الاختيار يمكن قبل العقد[3].

(١) المهذب ١: ٢٦٣.

(٢) المجموع ٩: ٢٨٨.

(٣) المغني ٤: ١٣١، والشرح الكبير على المقنع ٤: ٢٩، ولم يرد في هذين الكتابين قول بجواز البيع مع خيار التعيين، ولكن قال في الفروع: «وفي مفردات أبي الوفا يصح بيع عبد من ثلاثة بشرط الخيار ٢: ٤٥٩، وهذا القول يتفق مع مذهب الحنفية.

والقاعدة عند الحنابلة أن كل ما تختلف أجزاؤه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين، أما إذا تساوت الأجزاء والقيمة فإن البيع يجوز من غير تعيين، كما في بيع قفيز من صبرة[١].

الشيعـة:

الأصح في مذهب الشيعة الزيدية أن المشتري إن خير في تعيين المبيع مدة معلومة صح البيع؛ لانتفاء الجهالة، ومتى مضت المدة كلف التعيين[٢].

الظاهريـة:

لا يجوز عند الظاهرية بيع شيء غير معين من جملة أشياء سواء كانت من المكيلات، أو الموزونات، أو المذروعات، أو المعدودات، قليلاً كان العدد أو كثيراً، استوت أبعاضه، أو لم تستو، جعل للمشتري خيار التعيين، أو لم يجعل، فلو قال شخص لآخر: اشتريت صاعا من هذا التمر، أو رطلاً من هذا اللحم، أو ذراعاً من هذا الثوب، أو واحدة من هذا البيض بكذا، فقال له الآخر: قبلت، لا يصح البيع.

وطريقة البيع عندهم في مثل هذه الحالة، أن يتساوم المتبايعان، فإذا تراضيا كال أو وزن أو ذرع أو عد، فإذا تم ذلك تعاقدا البيع على تلك العين المكيلة أو الموزونة أو المذروعة أو المعدودة.

ويحتج الظاهرية لمذهبهم بما يأتي:

١ ـ في هذا البيع أخذ المرء مال غيره بغير تراض، وهو من الباطل المنهى عنه في قوله تعالى: **﴿يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾** وذلك لأن التراضي لا يمكن إلا في معلوم متميز، إذ كيف

(١) القواعد لابن رجب: القاعدة الخامسة بعد المائة.

(٢) البحر الزخار ٣:٣٢٣.

يكون العمل إن قال البائع: أعطيك من هذه الجهة، وقال المشتري: بل من هذه الأخرى.

٢ ـ النهي عن بيع الغرر. قال ابن حزم: «ولا غرر أكثر من ألا يدري البائع أي شيء هو الذي باع ولا يدري المشتري أي شيء اشترى»[١].

تلخيص آراء الفقهاء:

يتبين من هذا أن الفقهاء كلهم متفقون على أنه لا يصح بيع شيء من أشياء، أو من شيئين من غير أن يجعل للمشتري حق التعيين؛ لأن المبيع مجهول الذات، وإنما الخلاف بينهم فيما لو جعل للمشتري الحق في اختيار واحد منها وترك الباقي فمنعه الشافعية، والحنابلة، والظاهرية، في الكثير والقليل، وأجازه المالكية والشيعة في الكثير والقليل، ومنعه الحنفية فيما زاد على الثلاثة، وأجازوه في الثلاثة والاثنين مع ملاحظة ما اشترطه كل لجوازه.

خيار التعيين في القانون:

يقابل خيار التعيين الالتزام التخييري في الفقه الغربي[٢] وقد بين القانون المصري أحكامه في المواد (٢٧٥-٢٧٧) وهذا نص المادة (٢٧٥): «يكون الالتزام تخييرياً، إذا شمل أشياء متعددة؛ تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك».

ولم يرد نص خاص في القانون المصري في البيع مع خيار التعيين، ولكن

(١) المحلى ٨: ٢٩٤ ـ ٤٣٠.

(٢) مصادر الحق ٤ :٢٤٨، وانظر شرح القانون المدني الجديد للدكتور كامل مرسي ٦ :١٦١ ـ ١٦٥، وعقد البيع للدكتور سليمان مرقص ص ٧٢ ـ ٧٤، ومجموعة الأعمال التحضيرية ص ٣٦ ـ ٤٠.

هذا النص العام الذي أوردناه يقتضي أنه إذا كان محل البيع شيئين، أو أكثر يكون الخيار للمدين ما لم يتفق المتعاقدان على أن الخيار للدائن، والمدين هو البائع، والدائن هو المشتري.

والفرق الجوهري بين القانون المصري والفقه الإسلامي هو: أن القانون يجيز خيار التعيين، ولو لم ينص عليه في العقد، فلو قال شخص لآخر: بعتك ثوباً من هذه الثياب، ولم يقل: على أن لي، أولك، خيار التعيين، فإن البيع صحيح، ويثبت الخيار للبائع، وقد رأينا أن الفقه الإسلامي بجميع مذاهبه لا يجيز هذه الصورة من البيع؛ لما فيها من الغرر الناشيء عن الجهالة المفضية إلى النزاع[1].

فخيار التعيين في الفقه الإسلامي لا يثبت عند من يأخذ به إلا بالشرط، أما في القانون فإنه لا يحتاج إلى شرط في ثبوته للبائع، ويحتاج إليه في ثبوته للمشتري.

وفرق آخر بين القانون والفقه، هو أن القانون يعتبر الأصل في خيار التعيين أن يكون للبائع، ولا يكون للمشتري إلا بالاتفاق، في حين أن الفقه الإسلامي يعتبر الأصل فيه أن يكون للمشتري، ولو شرط للبائع لا يصح البيع عند بعض الفقهاء.

ومسلك الفقه الإسلامي هو الذي يتفق مع الغالب في الحياة العملية، فإن الحاجة إلى هذا الخيار متصورة بصفة واضحة بالنسبة للمشتري، لأنه كما يقول السرخسي «قد يشتري الإنسان لعياله ثوباً ولا يعجبه أن يحمل عياله إلى السوق ولا

(١) هذا لا يعني أن القانون لا يشترط العلم بذات المحل، فإن المبيع هنا، وإن لم يكن معيناً بذاته وقت العقد، فإنه قابل للتعيين باختيار البائع، وقابلية المحل للتعيين تكفي لصحة العقد في القانون.

يرضى البائع بالتسليم إليه يحمله إلى عياله بغير عقد فيحتاج إلى مباشرة العقد بهذه الصفة[1]» أما البائع فحاجته إلى هذا الخيار نادرة[2].

• • •

(١) المبسوط ١٣: ٥٥.

(٢) انظر ابن عابدين ٤: ٨، وانظر الكلام عن خيار التعيين بصفة عامة في أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ الخفيف ص ٤٣٠ ــ ٤٣٣، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ مدكور ص ٦٧٩ ــ ٦٨٢، والملكية ونظرية العقد للأستاذ أبي زهرة ص ٣٧٠ ــ ٣٧٤.

المبحث الثاني

الجهل بجنس المحل

جهالة الجنس أفحش أنواع الجهالات، فإنها تتضمن جهالة الذات، والنوع، والصفة، ولهذا اتفق الفقهاء على أن العلم بجنس المبيع شرط لصحة البيع، فلا يصح بيع مجهول الجنس لما في ذلك من الغرر الكثير[١]. غير أن في مذهب المالكية قولاً بجواز بيع مجهول الجنس إذا شرط للمشتري خيار الرؤية، ويوجه الباجي هذا القول بما خلاصته:

«المعاوضة في العين الغائبة إذا كانت على وجه المغابنة والمكايسة لا تصح إلا بصفتها أو برؤية متقدمة،... أما إذا كانت المعاوضة على وجه المكارمة والمواصلة... فتصح ولو لم تذكر الصفة والجنس... ومقتضى البيع المغابنة والمكايسة؛ ولذا لا ينعقد فيما جهلت صفته وجنسه، فإذا شرط المشتري الخيار لنفسه فقد صرح بالمكارمة فيصح العقد؛ لأنه لا غرر فيه، إذ البائع قد علم صفة ما باع فلا غرر عليه، والمبتاع بالخيار فلا غرر عليه أيضاً»[٢].

(١) ابن عابدين ٤: ٨٧، والفروق ٣: ٢٦٥، والقوانين الفقهية ٢٤٧، والمجموع ٩: ٢٨٨.

(٢) المنتقى ٤: ٢٨٧ ـ ٢٨٨ بتصرف، وانظر الكلام عن بيع العين الغائبة، وانظر الحطاب ٤: ٢٩٤، والشرح الكبير للدردير ٣: ٢٣، وانظر أيضاً المحلي ٨: ٤٣٩.

ومن أمثلة جهالة الجنس التي يذكرها الفقهاء:

١ ـ أن يقول: بعتك سلعة من غير أن يسميها[١]، أو يقول: بعتك شيئاً بعشرة[٢].

٢ ـ بيع المرء ما في كمه[٣]، وفي بعض كتب الحنفية ما يدل على جواز بيع المرء ما في كمه، ففي ابن عابدين: «ولو قال بعتك ما في كمي فعامتهم على الجواز، وبعضهم على عدمه»[٤].

ولكن الذي اتضح لي من مراجعة عبارات فقهاء الحنفية، أن بعضهم يرى جواز البيع بهذه الصفة، وإن كان ما في الكم مجهول الجنس، ويثبت للمشتري خيار الرؤية؛ لأن المبيع مشار إلى مكانه. ، والإشارة إلى مكان المبيع تكفي لصحة بيع الغائب، وهذا هو ظاهر عبارة المبسوط[٥]، وتنوير الأبصار[٦]، واستبعد الكمال القول بجواز بيع ما لم يعلم جنسه أصلاً[٧]. وبعضهم يجوز بيع ما في الكم، ولكن يقيده بما إذا كان ما فيه معلوم الجنس، وهو ظاهر عبارة القدوري[٨]، وهو ما مشى عليه ابن عابدين[٩].

(١) الفروق ٣: ٢٦٥.

(٢) ابن عابدين ٣: ٨٧، وفتح القدير ٥: ١٣٧.

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٤٧.

(٤) ابن عابدين ٤: ٢٩، ونفيس المتجر بشراء الدرر ص ٧.

(٥) عن فتح القدير ٥: ١٣٧.

(٦) تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين ٤: ٨٧.

(٧) فتح القدير ٥: ١٣٧.

(٨) عن ابن عابدين ٤: ٨٨.

(٩) حاشية ابن عابدين ٤: ٢٩. وجاء في البحر الزخار ٣: ٣٢٤: أنه يجوز عند يحيى، والمؤيد أن يبيع الإنسان ما في بيته، أو كمه، أو جرابه من غير أن يذكر الجنس والنوع، لأن الإشارة تغني عن ذكرهما، إذ القصد التمييز، وقد حصل بالإشارة، ويثبت للمشتري خيار الرؤية.

٣ ــ بيع الحصاة، وبيع المنابذة على بعض التفاسير[١].

القانون:

يتفق القانون مع الفقه في اشتراط بيان جنس محل الالتزام: فإذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات، وجب تعيين جنسه، فيذكر أن المبيع قطن مثلاً...[٢].

• • •

(١) انظر ص١٣٧ و١٥٤.

(٢) المادة (١٣٣) من التقنين المدني المصري، ومصادر الحق للدكتور السنهوري ٣: ٦٦.

المبحث الثالث

الجهل بنوع المحل

جهالة النوع تمنع صحة البيع كجهالة الجنس؛ لما فيها من الغرر الكثير، فلو قال شخص لآخر: بعتك حيواناً بمبلغ كذا، من غير أن يبين نوعه، أهو من الجمال أم من الشاء، أو قال له: بعتك ساعة بكذا، أو بعتك قنطاراً من القطن بكذا، ولم يبين نوع الساعة أو القطن، فالبيع فاسد[١]؛ لجهالة النوع.

وفيما يلي أقوال بعض فقهاء المذاهب:

الحنفيـة:

لم أجد في كتب الحنفية كلاماً صريحاً عن «النوع» وأصرح عبارة عثرت عليها هي ما في ابن عابدين: «لو قال بعتك كراً من الحنطة... فلو كله في ملكه لكن في موضعين، أو من نوعين مختلفين لا يجوز، ولو من نوع واحد في موضع جاز، وإن لم يضف البيع إلى تلك الحنطة»[٢] فهذا يدل على أن ذكر نوع المبيع شرط لصحة البيع، وكثيراً ما تستعمل كتب الحنفية الوصف مكان النوع، ففي ابن عابدين: «والذي يظهر من كلامهم تفريعاً وتعليلاً أن المراد بمعرفة القدر

(١) انظر الملكية ونظرية العقد للأستاذ أبي زهرة ص ٢٦٠.

(٢) ابن عابدين ٤: ٢٩، وانظر نفيس المتجر ص ٦.

والوصف ما ينفي الجهالة الفاحشة، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره، وذلك بالإشارة إليه لو كان حاضراً في مجلس العقد، وإلا فبيبان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات، كبعتك كر حنطة بلدية. . .»[1] وفي تنوير الأبصار وشرحه عند الكلام على شروط البيع: «وشرط لصحته معرفة قدر مبيع وثمن، ووصف ثمن كمصري، أو دمشقي»، ويضيف ابن عابدين في الحاشية: «ونظيره إذا كان الثمن من غير النقود كالحنطة لا بد من بيان قدرها ووصفها، ككر حنطة بحيرية، أو صعيدية»[2]، فهذا يدل على اشتراط ذكر نوع الثمن لصحة البيع؛ لأن مصرياً ودمشقياً من أنواع النقود، كما أن «بحيرية، وصعيدية» من أنواع الحنطة[3].

المالكيـة:

يصرح بعض فقهاء المالكية باشتراط ذكر نوع المحل، وإن كان أكثرهم لم يتعرض لذكره اكتفاء باشتراط الجنس والصفة، فممن صرح باشتراطه القرافي، فقد ذكر في الفروق أن الغرر والجهالة يقعان في سبعة أشياء. . . رابعها: النوع كعبد لم يسمه[4].

الشافعيـة:

والشافعية ينصون على اشتراط ذكر نوع المبيع والثمن، يقول النووي: «ولا يجوز بيع العين الغائبة إذا جهل جنسها أو نوعها؛ لحديث أبـي هريرة أن النبـي ﷺ نهى عن بيع الغرر. وفي بيع ما لا يعرف جنسه، أو نوعه غرر كبير[5]، فإن علم الجنس والنوع بأن قال له: بعتك الثوب المروي الذي في كمي، أو العبد

(١) المصدر السابق.
(٢) ابن عابدين ٤ :٢٩، وانظر نفيس المتجر ص ٦.
(٣) انظر البحر الرائق ٥ :٢٧٦٨.
(٤) الفروق ٣ :٢٦٥.
(٥) المجموع ٩ :٢٨٨.

الزنجي الذي في داري، أو الفرس الأدهم الذي في اصطبلي، صح البيع[1].

ويقول في اشتراط العلم بنوع الثمن: «إذا قال بعتك بدينار في ذمتك، أو قال بعشرة دراهم في ذمتك، أو أطلق الدراهم، فلا خلاف في أنه يشترط العلم بنوعها»[2]، وعلى هذا إذا أطلق الدراهم، فإن كان في البلد نقد واحد أو نقود، لكن الغالب واحد منها، انصرف العقد إلى ذلك النقد الواحد أو الغالب، وإن كان في البلد نقدان أو نقود لا غالب فيها لم يصح البيع حتى يعين نقداً منها؛ لأنه ليس بعضها أولى من بعض[3].

القـانون:

ويشترط القانون لصحة العقد ذكر نوع المبيع[4]، فإذا وقع العقد على شيء معين بالذات، كما إذا باع شخص فرسه، ولم يكن المشتري رآه من قبل وجب تعيين نوعه. .. وإذا وقع العقد على شيء غير معين بالذات، وجب أيضاً أن يعين نوعه، فيذكر مثلاً أن المبيع قطن من نوع كذا. . كما يشترط تعيين نوع الثمن، فيذكر أن الثمن كذا جنيهاً مصرياً مثلاً[5].

• • •

(١) المصدر السابق، وصحة البيع مبنية على القول بجواز بيع الغائب وثبوت خيار الرؤية للمشتري.
(٢) المجموع ٩ :٣٢٨.
(٣) المصدر السابق ص ٣٢٩.
(٤) المادة (١٣٣) من التقنين المدني المصري.
(٥) مصادر الحق للدكتور السنهوري ٣ :٦٦ ــ ٦٧.

المبحث الرابع

الجهل بصفة المحل

اختلف الفقهاء في اشتراط ذكر صفة المحل لصحة البيع، وأكثرهم على اشتراطها.

ونورد فيما يلي أقوال الفقهاء في اشتراط بيان صفة المحل بصفة عامة، ثم نتبعها بذكر آرائهم في بعض الجزئيات لنتبين مدى التوافق بين الأحكام الجزئية والقواعد الكلية:

الحنفية:

المحل المشار إليه مبيعاً كان أو ثمناً، لا يحتاج إلى معرفة وصفه، فلو قال: بعتك هذه الصبرة من الحنطة بهذه الدراهم التي في يدك، وهي مرئية له، فقبل، جاز ولزم؛ لأن الجهالة المانعة من صحة العقد تنتفي بالإشارة، وجهالة الوصف لا تضر هنا؛ لأنها لا تمنع التسليم والتسلم[1].

أما المحل غير المشار إليه فقد اختلف فقهاء الحنفية في اشتراط وصفه، فقال بعضهم: هو شرط لصحة البيع، وقال آخرون: ليس بشرط[2].

---

(١) ابن عابدين ٤: ٢٩ ـ ٣٠، وفتح القدير ٥: ٨٢، والزيلعي ٤: ٥.

(٢) انظر الملكية ونظرية العقد للأستاذ أبي زهرة ص ٢٦٠.

ونورد فيما يلي آراء من يشترطونه ثم آراء من لا يشترطونه، فنذكر أو لا آراءهم في المبيع، ثم آراءهم في الثمن:

المبيـع:

من يشترط ذكر وصف المبيع لصحة البيع:

من الفقهاء الذين يرون أن وصف المبيع غير المشار إليه شرط لصحة البيع، الزاهدي، جاء في حاشية ابن عابدين: «وفي حاوي الزاهدي: باع حنطة قدراً معلوماً ولم يعينها لا بالإشارة ولا بالوصف لا يصح[1]»، ومنهم صاحب النهاية، جاء في ابن عابدين: قال في النهاية: صح شراء ما لم يره يعني شيئاً مسمى موصوفاً أو مشاراً إليه أو إلى مكانه وليس فيه غيره بذلك الاسم[2]، ومنهم صاحب الاختيار والبرهان، قال: وإن كان المبيع غائباً ولا يعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان، فلا بد من ذكر جميع الأوصاف، قطعاً للمنازعة، ويكون له خيار الرؤية[3]، ومنهم ابن الملك، قال: وشرط في صحة البيع معرفة المبيع بما ينفي الجهالة؛ لأن المعاملات شرعت لقطع المنازعات، وجهالة قدره ووصفه تفضي إلى المنازعة[4]، ومنهم ابن نجيم، قال في البحر: والحق أن معرفة وصف المبيع ليست شرطاً بعد الإشارة إليه أو إلى مكانه، وأما إذا لم يكن مشاراً إليه فلا بد من بيان وصفه[5]، ومنهم ابن عابدين، وإليك نص عبارته: هذا والذي يظهر من كلامهم تفريعاً وتعليلاً أن المراد بمعرفة القدر والوصف ما ينفي الجهالة الفاحشة، وذلك بما يخصص المبيع عن أنظاره، وذلك بالإشارة إليه لو كان حاضراً في مجلس العقد،

---

(١) ابن عابدين ٤: ٢٩.

(٢) ابن عابدين ٤: ٢٩.

(٣) عن نفيس المتجر بشراء الدرر ص ٢.

(٤) نفيس المتجر ص ٨.

(٥) البحر الرائق ٥: ٢٧٦.

وإلا فببيان مقداره مع بيان وصفه لو من المقدرات ، كبعتك كر حنطة بلدية مثلا بشرط كونه في ملكه، أو ببيان مكانه الخاص، كبعتك ما في هذا البيت، أو ما في كمي، أو باضافته إلى البائع، كبعتك عبدي ولا عبد له غيره، أو ببيان حدود أرض، ففي كل ذلك تنتفي الجهالة الفاحشة عن البيع، وتبقى الجهالة اليسيرة التي لا تنافي صحة البيع؛ لارتفاعها بثبوت خيار الرؤية، فإن خيار الرؤية إنما يثبت بعد صحة البيع لرفع تلك الجهالة اليسيرة، لا لرفع الفاحشة المنافية لصحته، فاغتنم تحقيق هذا المقام بما يرفع الظنون والأوهام، ويندفع به التناقض واللوم عن عبارات القوم»[1].

من لا يشترط ذكر وصف المبيع لصحة البيع:

من الفقهاء الذين يرون أن العلم بوصف المبيع ليس شرطاً لصحة البيع الحصكفي، قال في الدر المختار في الكلام على شروط البيع، شارحاً متن تنوير الأبصار: «(وشرط لصحته معرفة قدر) مبيع وثمن، (ووصف ثمن)، كمصري، أو دمشقي[2]»، فقد اشترط معرفة القدر في المبيع والثمن معا، واشترط معرفة الوصف في الثمن وحده، وهذا يفيد أن الوصف في المبيع ليس شرطاً عنده. ومنهم الشرنبلالي: قال في أول رسالته نفيس المتجر بشراء الدرر: «هذه نبذة لتحرير صحة البيع المسمى جنسه دون قدره، ووصفه كالمشار إليه، وإظهار النص الشاهد بأن المخالف له لا يعول عليه». وقال في آخرها: «فتلخص مما ذكرناه أن جهالة قدر المبيع الذي سمي جنسه، وجهالة وصفه لا يمنع، سواء كان المبيع مشاراً إليه أو غير مشار إليه[3]»، واستدل الشر نبلالي لرأيه بما يأتي:

(1) ابن عابدين ٤ :٢٩.
(2) ابن عابدين ٤ :٢٨ ــ ٢٩.
(3) ذكر ابن عابدين في حاشيته ٤ :٢٨ ــ ٢٩ رأي الشرنبلالي وأشار إلى رسالته، وعقب ابن عابدين على رأي الشرنبلالي بقوله: قلت ما ذكره من الاكتفاء بذكر الجنس عن ذكر

١ ــ جهالة وصف المبيع وقدره لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن خيار الرؤية ثابت للمشتري، فله أن يرد المبيع إذا لم يوافقه[1].

٢ ــ قول كل من عثمان بن عفان، وطلحة بن عبيد الله: إني قد غبنت، فإن هذا القول يدل على أن كلا منهما لم يكن عالماً بوصف المبيع ولا قدره؛ لأنه لو علم ذلك ما ادعى الغبن، مع أنهما كانا يريان صحة البيع لقول كل منهما: إليّ الخيار[2].

٣ ــ الفروع الكثيرة التي صحح فقهاء الحنفية فيها البيع، مع عدم بيان وصف المبيع وقدره[3].

القدر والوصف يلزم عليه صحة البيع في نحو: بعتك حنطة بدرهم، ولا قائل به، ومثل: بعتك عبداً أو داراً. ونقل السيد عبد الله محمد بن جبير رسالة الشرنبلالي في رسالته «الغرر في محل الالتزام التعاقدي» عن المخطوطة رقم ١٦٤٠ و ١٢٧٣ بمكتبة الأزهر، وقد اطلعت على رسالة الشرنبلالي ضمن مجموعة خطية بدار الكتب رقم ١٢٧١.

(1) عقب ابن عابدين على هذا الاستدلال بقوله: «وما قاله من انتفاء الجهالة بثبوت خيار الرؤية مدفوع بأن خيار الرؤية قد يسقط برؤية بعض المبيع فتبقى الجهالة المفضية إلى المنازعة، وكذا قد يبطل خيار الرؤية قبلها بنحو بيع أو رهن ما اشتراه». حاشية ابن عابدين ٤ :٢٩.
(2) انظر نص هذا الأثر في المبحث التاسع.
(3) وهذه بعض الفروع التي يشير إليها الشرنبلالي:
١ ــ بيع جميع ما في هذا البيت أو الصندوق، أو الجوالق من الحبوب.
٢ ــ بيع المرء ما في كمه من الثياب.
٣ ــ شراء الغاصب أو المودع ما في يده من مالكه بعد إقراره به.
٤ ــ بيع المرء عبده من غير أن يشير إليه أو يصفه إن كان له عبد واحد.
٥ ــ بيع المرء كراً من الحنطة، إذا كان الكر في ملكه ومن نوع واحد في موضوع واحد.
ابن عابدين ٤ :٢٨ ــ ٢٩.

الثمـن:

لا يصح البيع بثمن مجهول الصفة، إلا إذا كان مشاراً إليه؛ لأن الصفة إذا كانت مجهولة تحصل المنازعة، فالمشتري يريد دفع الأدون، والبائع يطلب الأرفع، فلا يحصل مقصود شرعية البيع وهو دفع الحاجة من غير منازعة[١]، فلو قال شخص لآخر: اشتريت هذه السلعة بعشرة جنيهات، فقال الآخر: قبلت، فإن كان في البلد صنف واحد من الجنيهات صح البيع؛ لعدم الجهالة، وكذا إن كان فيه أكثر من صنف، ولكنها مختلفة الرواج، فإن البيع يصح، سواء أكانت الجنيهات مختلفة في المالية أم سواء فيها، وينصرف إلى الأروج؛ لأنه المتعارف عليه؛ تحريا للجواز، وعدم إهدار كلام العاقل؛ ولأن هذه الجهالة لا توقع في المنازعة المانعة من التسليم والتسلم.

وكذلك يصح البيع لو كانت الجنيهات سواء في المالية، وسواء في الرواج؛ إذ لا منازعة هنا، وللمشتري أن يؤدي من أيها شاء. أما إن كان في البلد أكثر من صنف، وكانت مختلفة المالية سواء في الرواج، فإن البيع لا يصح لعدم إمكان الصرف إلى أحدها بعينه دون الآخر؛ لما فيه من التحكم عند التساوي في الرواج، وإذا لم يمكن الصرف إلى أحدها، والحال أنها متفاوتة في المالية جاءت الجهالة المفضية إلى المنازعة؛ لأن المشتري يريد دفع الأنقص مالية، والبائع يريد دفع الأعلى، فيفسد البيع، إلا أن ترتفع الجهالة ببيان أحدها في المجلس، ويرضي الآخر، فيصح البيع؛ لارتفاع المفسد قبل تقرره[٢].

(١) الهداية مع فتح القدير ٥: ٨٣، وابن عابدين ٤: ٢٨ ــ ٢٩، والبحر الرائق ٥: ٢٧٣.

(٢) فتح القدير ٥: ٨٣، والزيلعي ٤: ٥، وانظر أيضاً البدائع ٥: ١٥٨.

المالكيـة:

المبيـع:

يشترط المالكية لصحة البيع العلم بصفة المبيع؛ لأن في بيع مجهول الصفة غرراً[١].

الثمـن:

ويشترطون كذلك العلم بصفة الثمن؛ لأن في البيع بثمن مجهول الصفة غرراً[٢]، ولهم في ذلك تفصيل كتفصيل الحنفية، فإذا قال شخص: اشتريت هذه السلعة بعشرة دنانير، فإن كان في البلد صنف واحد من الدنانير فلا إشكال، وإن كان فيه أكثر من صنف فإن كانت متساوية في النفاق فالبيع صحيح، وليس على من ابتاع فيه شيئاً أن يبين بأي سكة يبتاع، ويجبر البائع على أن يأخذ ما جاء به المشتري، وإن كان في البلد أكثر من صنف، ولكن السكة الجارية فيه واحدة فالبيع صحيح، ويجبر البائع على قبض السكة الجارية، وكذلك إذا كانت إحدى السكك الجارية هي الغالبة فإن البيع يصح ويحمل على السكة الغالبة، على ما في ظاهر المدونة، وإن كان فيه أكثر من صنف، وكلها جارية، ولكنها لا تجوز بجواز واحد، فالبيع فاسد حتى يسمى بأي سكة يبتاع[٣].

الشافعيـة:

المبيـع:

للشافعية ثلاثة أوجه في اشتراط ذكر الصفات لصحة البيع[٤]:

(١) المنتقى ٥: ٤١، والمقدمات الممهدات ٢: ٢٢٤، وبداية المجتهد ٢: ١٤٨ و ١٧٢، وتهذيب الفروق ٣: ٢٧١، والقوانين الفقهية ص ٢٤٧.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) الحطاب ٤: ٢٧٧ ــ ٢٧٨.

(٤) هذا على القول بصحة بيع الغائب، وثبوت خيار الرؤية.

الأول: لا يصح البيع حتى تذكر جميع الصفات كالمسلم فيه.

الثاني: لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة.

الثالث: يصح البيع من غير ذكر شيء من الصفات؛ لأنه طالما كان خيار الرؤية ثابتاً للمشتري، فإن الاعتماد يكون على الرؤية، فلا حاجة إلى ذكر الصفات[1].

الثمن:

هذا بالنسبة للمبيع، أما الثمن فلا بد من العلم بصفته ليصح البيع، قال الشيرازي: «لا يجوز البيع إلا بثمن معلوم الصفة...؛ لأن الثمن عوض في البيع فلم يجز مع الجهل بصفته كالمسلم فيه[2]».

وعلى هذا إذا قال: بعتك بدينار أو بكذا دنانير، وكان في البلد دنانير صحاح ودنانير مكسرة، فإن كان المعهود التعامل بهما معا، وكان بينهما تفاوت، لم يصح البيع حتى يبين: هل الدينار من الصحاح أو من المكسرة، كما لو كان في البلد نقدان غالبان وأطلق[3]، وإن كان المعهود التعامل بهما معا، ولم يكن بينهما تفاوت صح البيع وسلم ما شاء منهما، ولو كان المعهود أن يؤخذ نصف الثمن من الصحاح، ونصفه من المكسرة مثلا، فالبيع صحيح محمول على ذلك المعهود، وإن كان المعهود في البلد أحدهما انصرف إليه، فإن كان المعهود الصحاح انصرف إليها، وإن كان المعهود المكسرة انصرف إليها إلا أن تتفاوت قيمتها فلا يصح[4].

(١) المجموع ٩: ٢٨٨.
(٢) المهذب ١: ٢٦٦.
(٣) انظر ص١٩٣.
(٤) المجموع ٩: ٣٢٩ ـ ٣٣٠.

الحنابلة:

المبيع:

ذكر صفة المبيع شرط لصحة البيع عند الحنابلة.

قال الشيخ مجد الدين أبو البركات: «ولا يصح البيع إلا بشرط معرفة المبيع برؤية وقت العقد، أو قبله بزمن لا يتغير فيه غالباً، أو بصفة تكفي في السلم إن كان مما يجوز السلم فيه، ومتى وجده بخلاف الصفة أو الرؤية السابقة فله الفسخ»[1]. وقال ابن قدامة: «ولا يجوز بيع ما تجهل صفته كالمسك في الفأر»[2]. هذه هي أظهر الروايتين في مذهب الحنابلة، وفي المذهب رواية أخرى بعدم اشتراط الصفة، فيصح بيع العين الغائبة من غير ذكر صفتها، ويثبت للمشتري خيار الرؤية[3].

الثمن:

ويشترط الحنابلة العلم بصفة الثمن كالمبيع، فلو باع سلعة بدينار مطلق، غير معين ولا موصوف، وفي البلد نقود مختلفة من الدنانير كلها رائجة لم يصح البيع؛ لأن الثمن غير معلوم حال العقد.

أما إن كان في البلد نقد واحد، فإن البيع يصح وينصرف الدينار إليه؛ لأنه تعين بانفراده، وعدم مشاركة غيره له، فانتفت الجهالة.

وكذلك يصح البيع إذا كان في البلد نقود مختلفة، وكان أحدها الغالب رواجا؛ لأن الإطلاق ينصرف إليه؛ لدلالة القرينة على إرادته، فكأنه معين[4].

(١) المحرر في الفقه ١: ٢٩١ ـ ٢٩٤.
(٢) المغني ٤: ١٠٩، والفأر جمع فأرة وهي الوعاء الذي يكون فيه المسك.
(٣) المغني ٣: ٥٨٠.
(٤) كشاف القناع على متن الإقناع ٣: ١٣٩ ـ ١٤٠، وانظر الإنصاف ٤: ٣١٠.

الظاهريـة:

الظاهرية يشترطون لصحة البيع العلم بصفة المبيع.

قال ابن حزم: «فإن بيع شيء من الغائبات بغير صفة، ولم يكن مما عرفه البائع لا برؤية ولا بصفة... فالبيع فاسد مفسوخ أبداً، لا خيار في جوازه أصلاً»[1]، ثم قال في الاستدلال لرأيه: «والبرهان على بطلان ما لم يعرف برؤية، ولا بصفة صحة نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، وهذا عين الغرر؛ لأنه لا يدري ما اشترى أو باع، وقول الله تعالى: **﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾**، ولا يمكن أصلا وقوع التراضي على ما لا يدري قدره ولا صفاته»[2].

الشيعـة:

يشترط الشيعة الإمامية ذكر صفة المبيع والثمن لصحة البيع، فقد جاء في مفتاح الكرامة: يجب العلم بثلاثة أشياء: عين المبيع، وقدره، وصفته[3]، وجاء في الروضة البهية: «يشترط علم الثمن قدراً وجنساً ووصفاً»[4]. أما الشيعة الزيدية فلا يشترطون ذلك استناداً إلى حديث خيار الرؤية[5].

القانـون:

ويشترط القانون ذكر صفة المحل، إذا كان شيئاً معيناً بالذات، ولم يسبق لأحد المتعاقدين معرفته، فإذا باع شخص فرسه، ولم يكن المشتري رآه من قبل، وجب ذكر نوعه وسنه ولونه، وغير ذلك من الأوصاف التي تميزه عن غيره من

(١) المحلى ٨:٣٤٢.

(٢) المصدر السابق ص ٣٤٣.

(٣) مفتاح الكرامة ٤:٢٢٤.

(٤) الروضة البهية ١:٢٨٥.

(٥) البحر الزخار ٣:٣٢٤ و ٣٥١، وانظر زيادة تفصيل في هذا الموضوع في الكلام عن بيع العين الغائبة.

الأفراس، أما إذا كان شيئاً غير معين بالذات، وذكر جنسه ونوعه ومقداره، ولم تذكر صفته من حيث الجودة، فإن العقد صحيح، ويجب أن يكون الصنف من الوسط إذا لم يمكن استخلاص درجة الجودة من العرف أو من ظروف التعاقد، فإذا باع شخص مائة قنطار من قطن الكرنك ولم يبين درجة الجودة صح البيع، ووجب الأداء من القطن المتوسط الجودة[1].

يرى من هذا أن جمهور الفقهاء يشترطون ذكر صفة المحل لصحة البيع، وأن القانون يتفق مع الجمهور في هذا، وهو ما نرى الأخذ به؛ لأن انتفاء الغرر لا يمكن أن يتحقق مع الجهل بصفة المحل، وثبوت خيار الرؤية لا يصلح مبرراً لترك الوصف فيما يمكن وصفه، فإن خيار الرؤية لا يثبت إلا في عقد مستكمل لشروط الصحة، ومن شروط صحة العقد انتفاء الغرر، وما دام الوصف ممكنا فإن تركه يكون ارتكاباً للغرر من غير حاجة، فيفسد به العقد، أما إذا تعذر الوصف فإن العقد يصح ويثبت خيار الرؤية جبراً للغرر.

بعض البيوع الممنوعة للجهل بصفة المحل:

نبدأ بذكر ما ورد فيه نص، ثم نتبعه ببعض البيوع التي منعها الفقهاء اجتهاداً؛ لأنها مجهولة الصفة فتدخل في بيع الغرر المنهى عنه.

١ ــ بيع الحمل:

النصـوص[2]:

عن أبـي سعيد الخدري قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما في بطون الأنعام حتى تضع، وعما في ضروعها إلا بكيل، وعن شراء الغنائم حتى تقسم،

(١) المادة ١٣٣ و ٤١٩، ومصادر الحق ٣:٦٦، وانظر شرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ص ٤٢.

(٢) انظر ص٨٠، الحديث الثامن.

وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن شراء العبد وهو آبق، وعن ضربة الغائص[١].

حكم بيع الحمل:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز بيع الحمل دون أمه؛ لنهيه ﷺ عن ذلك[٢].

وعلة المنع: الغرر من جهتين:

إحداهما: جهالته، فإنه لا تعلم صفته، ولا حياته[٣]. قال مالك: «والأمر عندنا أن من المخاطرة والغرر اشتراء ما في بطون الإناث من النساء والدواب؛ لأنه لا يدري أيخرج أم لا يخرج، فإن خرج لم يدر أيكون حسناً أم قبيحاً، تاماً أم ناقصاً، ذكراً أم أنثى، وذلك كله يتفاضل: إن كان على كذا

(١) روى هذا الحديث أحمد وابن ماجه، وأخرجه أيضاً البزار، والدارقطني كما في نيل الأوطار، وأخرجه البيهقي واللفظ له. السنن الكبرى ٥:٣٣٨، والمنتقى مع نيل الأوطار ٥:٢٤٥، ومسند الإمام أحمد ٣:٤٢، وسنن ابن ماجه ٢:١٨، وفي بعض هذه الكتب شراء ما في بطون الخ. بدل «بيع» و «المغانم» بدل «الغنائم» مع اختلاف في الترتيب، وقد ضعف الحافظ والبيهقي وابن حزم إسناد هذا الحديث، وضعفه آت من شهر بن حوشب أحد رواته فإن فيه مقالاً. قال ابن حزم عنه: إنه متروك، وقال عن بعض من رووا عنه الحديث: إنهم مجهولون. ولكن متن الحديث تعضده أحاديث أخر صحيحة. قال البيهقي: «وهذه المناهي وإن كانت في هذا الحديث بإسناد غير قوي فهي داخلة في بيع الغرر الذي نهى عنه في الحديث الثابت عن رسول الله ﷺ. السنن الكبرى ٥:٣٣٨. وقال الشوكاني: «ويشهد لأكثر الأطراف التي اشتمل عليها أحاديث أخر، منها أحاديث النهي عن بيع الغرر، وما ورد في النهي عن بيع المضامين والملاقيح، وما ورد في حبل الحبلة على أحد التفسيرين». نيل الأوطار ٥:٢٤٥، وانظر المحلى ٨:٣٩.

(٢) الأصل ص ٦٦ و ٩٢، والموطأ بهامش المنتقى ٥:٤٢، والمغني ٤:٢٠٨، والمهذب ١:٢٦٥، ونيل الأوطار ٥:٢٤٥.

(٣) المنتقى ٥:٤٢، والمهذب ١:٢٦٥.

فقيمته كذا، وإن كان على كذا فقيمته كذا[١].

ثانيتهما: تعذر التسليم[٢]. قال الباجي: «وأحد الأمرين يفسد العقد وإفساده إذا اجتمعا أوكد».

وزاد السرخسي علة ثالثة، هي: انعدام المالية والتقوم فيه قبل انفصاله[٣]، واعتبره الكاساني من بيع ما له خطر العدم[٤].

بيع المضامين:

النصوص[٥]:

١ ـ عن أبي هريرة: أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح[٦].

٢ ـ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال: لا ربا في الحيوان، وإنما نهى من الحيوان عن ثلاثة عن المضامين، والملاقيح، وحبل الحبلة[٧].

٣ ـ بيع الملاقيح:

النصوص:

ورد النهي عن بيع الملاقيح في كل الأحاديث التي ورد فيها النهي عن بيع المضامين فارجع إليها[٨].

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٥:٤٢.

(٢) المنتقى ٥:٤٣، والمغني ٤:٢٠٨، ونيل الأوطار ٥:٢٤٥.

(٣) المبسوط ١٢:١٩٤.

(٤) البدائع ٥:١٣٨.

(٥) انظر الحديث الثامن ص٨٠.

(٦) الموطأ ٥:٤٢.

(٧) الموطأ ٥:٢٢، وهذا الحديث مرسل.

(٨) وانظر أيضاً ص٨٠، الحديث الثامن.

معنى المضامين:

فسر أكثر العلماء المضامين بما في أصلاب الفحول، وهو قول أبي عبيد، وفسرها بعضهم بما في أرحام الإناث، أو ما في بطون الحوامل. حكى هذا القول الزهري عن ثعلب، عن ابن الأعرابي، وهو تفسير مالك، قال في الموطأ: والمضامين بيع ما في بطون إناث الإبل[1].

معنى الملاقيح:

فسر أكثر العلماء الملاقيح بما في أرحام الإناث، أو ما في بطون الحوامل، وهو قول أبي عبيد، وفسرها بعضهم بما في أصلاب الفحول، أو ما في ظهور الجمال[2]، وهو تفسير مالك في الموطأ[3]. وقال الفيروز آبادي: إن الملاقيح تطلق أيضاً على الأمهات، ولكن جاء في المختار والمصباح: إن الإناث الحوامل تسمى «الملاقح» من غير ياء، ويرى المرتضى أن المضامين والملاقيح كلمتان مترادفتان، وأن كلا منهما تطلق على الحمل أو ماء الفحل[4].

فمعنى «بيع المضامين» بيع ما في ظهر الفحل بمعنى أن يحمل البائع الفحل على ناقته فما أنتجته كان للمشتري، أو أن يعطي المشتري البائع ثمناً على أن يحمل فحله على ناقة المشتري[5]. أو بيع ما يضربه الفحل في عام أو أعوام، وهذا بيع كان متعارفاً عليه عند الجاهلية[6] ومعنى «بيع الملاقيح» بيع الجنين في بطن

(١) المضامين: جمع مضمون، أي المحمول في البطن، كأن بطون الإبل تضمنه.

(٢) مختار الصحاح، والمصباح، والقاموس المحيط، ولسان العرب، والمبسوط ١٢:١٩٥، والشرح الكبير للدردير ٣:٥٧ ط. السعادة، والمغني ٤:٢٠٨.

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٥:٢٢.

(٤) البحر الزخار ٣:٢٩٤.

(٥) المنتقى ٥:٢٢.

(٦) البحر الزخار ٣:٢٩٤، والمغني ٤:٢٠٨.

أمه، وهذا بيع كان متعارفاً عليه في الجاهلية أيضاً[1].

حكم بيع المضامين والملاقيح:

اتفق الفقهاء على بطلان بيع المضامين والملاقيح؛ لورود النص بمنعه[2].

علة المنع:

١ ــ أن المبيع مجهول الصفة.

٢ ــ ومتعذر التسليم[3]،

٤ ــ المجـر:

عن ابن عمر: أن النبـي ﷺ نهى عن بيع المجر[4].

معنى المجر:

فسر المجر بعدة تفسيرات:

قال ابن الأعرابـي: المجر ما في بطن الناقة، والمجر الربا، والمجر القمار، والمجر المحاقلة والمزابنة[5]، وفي القاموس: المجر ما في بطن الحوامل من الإبل والغنم، وأن يشتري ما في بطونها، وأن يشتري البعير بما في بطن الناقة، والمجر الربا، والقمار، والمحاقلة والمزابنة. وفي المختار: المجر كالفجر أن يباع الشيء بما في بطن هذه الناقة، وفي المصباح: المجر شراء ما في بطن الناقة أو بيع ما في بطنها، وقيل: هو المحاقلة. وفي البحر الزخار: المجر هو المضامين، وقد

(١) المغني ٤:٢٠٨.

(٢) البدائع ٥:٢٠٥، والمنتقى ٥:٢٢، والمغني ٤:٢٠٨، والبحر الزخار ٣:٢٩٤.

(٣) المنتقى ٥:٤٢، والمغني ٤:٢٠٨.

(٤) رواه مالك: الموطأ ٥:٤٢.

(٥) المغني ٤:٢٠٨.

يطلق على المحاقلة، والمزابنة، والربا، والقمار[1]. وفي مفتاح الكرامة: والمجر هو بيع ما في الأرحام، وكان من بياعات الجاهلية[2].

فالمجر يطلق على المعاني الآتية:

١ ــ ما في بطون الحوامل.

٢ ــ شراء ما في بطون الحوامل.

٣ ــ الشراء بما في بطن الحامل.

٤ ــ القمار.

٥ ــ الربا.

٦ ــ المحاقلة.

٧ ــ المزابنة.

والمعنى الأول هو الذي يتفق مع لفظ الحديث، ولا خلاف بين الفقهاء في منعه.

٥ ــ عسب[3] الفحل:

النصوص:

١ ــ عن ابن عمر قال: نهى النبي ﷺ عن ثمن عسب الفحل[4].

(١) البحر الزخار ٣: ٢٩٤.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ١٤٣.

(٣) عَسْب ــ بفتح العين وإسكان السين ــ.

(٤) روى هذا الحديث أحمد، والبخاري، والنسائي، وأبو داود، والترمذي. قال أبو عيسى: حديث ابن عمر حديث حسن صحيح. والعمل على هذا عند بعض أهل العلم، وقد رخص بعضهم في قبول الكرامة على ذلك. المنتقى ٥: ٢٤٢، ومسند الإمام أحمد ٢: ١٤، والبخاري ٣: ٩٣، والنسائي مع حاشية السندي ٧: ٣١٠، وسنن أبي داود ٣: ٣٦٤، والجامع الصحيح للترمذي ٣: ٥٧٢.

٢ ــ عن أنس: أن رجلاً من كلاب سأل النبي ﷺ عن عسب الفحل فنهاه، فقال: يا رسول الله، إنا نطرق الفحل فنكرم فرخص له في الكرامة[1].

٣ ــ عن أبي سعيد قال: نهى عن عسب الفحل، وعن قفيز الطحان[2].

٤ ــ عن أبي هريرة: نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام، وعن ثمن الكلب، وعن عسب الفحل[3].

٥ ــ عن أبي حازم قال: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب وعسب الفحل[4].

٦ ــ عن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن كل ذي ناب من السبع وكل ذي مخلب من الطير، وعن ثمن الميتة، وعن لحم الحمر الأهلية، وعن مهر

(١) روى هذا الحديث الترمذي: نيل الأوطار ٥: ٢٤٢، والجامع الصحيح ٣: ٥٧٣، ورواه النسائي مع اختلاف في اللفظ، ولم يذكر فيه: «فرخص له في الكرامة». النسائي بحاشية السندي ٧: ٣١٠. قال أبو عيسى: حديث حسن غريب، لا نعرفه إلا من حديث إبراهيم بن حميد عن هشام بن عروة. الجامع الصحيح ٣: ٥٧٣.

(٢) رواه الدارقطني. منتقى الأخبار ٦: ٣٣، وأخرجه أيضاً البيهقي، نيل الأوطار ٦: ٣٣، ورواه النسائي ولم يذكر فيه قفيز الطحان، النسائي ٧: ٣١١. في إسناد هذا الحديث هشام أبو كليب، قال عنه ابن القطان والذهبي: لا يعرف، وزاد الذهبي: «حديثه منكر». وقال مغلطاي: هو ثقة، وأورده ابن حبان في الثقات. نيل الأوطار ٦: ٣٣.

(٣) رواه النسائي: النسائي ٧: ٣١١، ورواه ابن ماجه، ولم يذكر فيه كسب الحجام. سنن ابن ماجه ٢: ١٠، ط التازية. ورواه أحمد من طرق مختلفة، وبألفاظ مختلفة منها: نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام وكسب البغي، وثمن الكلب. قال: وعسب الفحل، قال: وقال أبو هريرة: هذه من كيسي. مسند الإمام أحمد ٢: ٢٩٩، وانظر ص ٣٣٢ و ٤١٥ و ٥٠٠.

(٤) رواه النسائي: النسائي ٧: ٣١١.

البغي، وعن عسب الفحل، وعن المياثر الأرجوان[١].

٧ ــ أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول:

نهى رسول الله ﷺ عن بيع ضراب الجمل؛ وعن بيع الماء والأرض لتحرث، فعن ذلك نهى النبي ﷺ[٢].

معنى عسب الفحل:

قال في القاموس: العسب ضراب الفحل، أو ماؤه، أو نسله، والولد وإعطاء الكراء على الضراب، وفي مختار الصحاح: العسب بوزن العذب كراء ضراب الفحل، وعسب الفحل أيضاً ضرابه، وقيل: ماؤه، وفي المصباح المنير: عسب الفحل الناقة عسباً من باب ضرب طرقها، وعسبت الرجل عسباً أعطيته الكراء على الضراب.

يؤخذ من هذا أن العسب يطلق على المعاني الآتية:

١ ــ ضراب الفحل.

٢ ــ ماء الفحل.

٣ ــ نسل الفحل.

٤ ــ الكراء على ضراب الفحل.

الفرق بين المضامين أو الملاقيح، والمجر، وعسب الفحل:

يفرق صاحب مفتاح الكرامة بين هذه الألفاظ بأن الملاقيح المراد منها النطفة

(١) رواه أحمد: مسند الإمام أحمد ١ :١٤٩.

(٢) رواه مسلم: واللفظ له، والنسائي: صحيح مسلم بشرح النووي ١٠ :٢٨٨ ــ ٢٣٠، وسنن النسائي بشرح السيوطي وحاشية السندي ٧ :٣١٠، وانظر المنتقى ٥ :٢٤٢.

بعد استقرارها، والعسب المراد منه النطفة قبل استقرارها، والمجر أعم من كل منهما[١].

معنى الحديث:

يحتمل حديث النهي عن عسب الفحل معنيين:

أحدهما: النهي عن كراء الفحل للضراب، وهذا على تفسير عسب الفحل بالكراء على ضراب الفحل، كما جاء في القاموس والمختار والمصباح، ويؤيد هذا التفسير حديث أنس[٢].

ثانيهما: النهي عن بيع ضراب الفحل أو مائه أو نسله، فهو على حذف المضاف[٣]، وهذا على تفسير عسب الفحل بضراب الفحل ومائه، كما جاء في القاموس والمختار، وعلى تفسيره بنسل الفحل كما جاء في القاموس، ولا يصح أن يكون المراد نفس الضراب؛ لأن تناسل الحيوان مطلوب لذاته لمصالح العباد، فلا يتصور النهي عنه، ويؤيد هذا المعنى حديث جابر[٤].

حكم بيع عسب[٥] الفحل:

لا خلاف بين الفقهاء في أن بيع عسب الفحل ــ أي بيع ضرابه أو مائه أو نسله ــ لا يجوز؛ للأحاديث الواردة في النهي عنه، وعلل الكاساني المنع بأنه

(١) مفتاح الكرامة ٤ :١٤٤.

(٢) انظر ص٢٠٩ الحديث الثاني.

(٣) جعل في المصباح المنير المضاف المحذوف «كراء» وهو غير سليم؛ لأن «كراء» لا تحتاج إلى تقدير، فإن من معاني العسب الكراء على ضراب الفحل.

(٤) انظر الحديث السابع، وقد فسر النووي هذا الحديث بقوله: «النهي عن ضراب الجمل معناه عن أجرة ضرابه، وهو عسب الفحل المذكور في حديث آخر. النووي على مسلم ١٠ :٢٣٠، وهذا تفسير غير سليم أيضاً، لأن حديث جابر فيه النهي عن بيع ضراب الفحل.

(٥) انظر حكم كراء الفحل للضراب في الكلام عن الإجارة.

معدوم عند العقد[1]، وعلله الشوكاني بأنه غير متقوم، وغير معلوم، وغير مقدور على تسليمه[2].

يتضح من هذه التفاسير المختلفة لهذه الكلمات: المضامين، والملاقيح، والمجر، وعسب الفحل أن هناك معنى مشتركاً بينها، هو النهي عن بيع ما تلده البهيمة، سواء كان حملاً ظاهراً في بطنها، أو نطفة في رحمها، أو ماء في ظهر الفحل، والذي يظهر لي أن البيع في جميع هذه الأحوال يكون معلقاً على ولادة الأنثى، فإذا ولدت لزم المشتري الثمن على أي صفة جاء المولود، أما إذا لم تلد الأنثى فلا يكون هنالك بيع، ولهذا اعتبرت هذه البيوع من البيوع الممنوعة للجهل بصفة المبيع، على أن هذا لا يمنع من أن تكون هناك علة أخرى للمنع كما رأينا.

٦ ــ بيع ما يكمن في الأرض:

اختلف الفقهاء في جواز بيع ما يكمن في الأرض قبل قلعه، كالبصل والثوم، والفجل، والجزر، واللفت، والكرنب، والكراث، والقلقاس والسلق: فأجازه الحنفية، والمالكية، والأوزاعي[3]، وإسحاق[4]، وابن تيمية، وابن القيم. ومنعه الشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والشيعة الزيدية، وابن المنذر[5].

الحنفيـة:

يجوز عند الحنفية بيع المغيبات في الأرض كالجزر والبصل والفجل، ويثبت للمشتري الخيار عند القلع[6]. هكذا أطلق الكاساني الحكم بالجواز، وقيد

(١) البدائع ٥:١٣٩.
(٢) نيل الأوطار ٣:٢٤٢.
(٣) المغني ٤:٩١.
(٤) المصدر السابق.
(٥) المصدر السابق.
(٦) البدائع ٥:١٦٤.

الحصكفي وابن عابدين الجواز بما إذا علم وجوده وقت البيع، أما إذا كان الجزر ونحوه لم ينبت، أو نبت ولم يعلم وجوده فإنه لا يجوز في القياس؛ لأنه معدوم، وأفتى بعض مشايخ الحنفية بالجواز عملاً بالاستحسان، وأفتى بعضهم بالجواز إذا كان الموجود أكثر من المعدوم؛ لأن المعدوم في هذه الحالة يكون تابعاً للموجود، وهي رواية عن محمد[1].

المالكيـة:

ويجوز عند المالكية بيع مغيب الأصل كالجزر، والبصل، والثوم، والفجل، والقلقاس، واللفت، والكرنب إذا بدا صلاحه، وهو استحقاقه للأكل، بشروط ثلاثة:

١ ــ أن يرى المشتري ظاهره.
٢ ــ أن يقلع شيء منه ويرى.
٣ ــ أن يحزر إجمالاً، ولا يجوز بيعه من غير حزر، بالقيراط أو الفدان، فإذا تحققت هذه الشروط لا يكون مجهولاً، لأن هذه طريق معرفته[2].

الشافعيـة:

لا يجوز عند الشافعية بيع شيء مغيب في الأرض كالفجل والجزر والثوم والبصل؛ لأن المقصود مستور، ولا يجوز إلا بيع ما ظهر من هذه الأشياء بشرط قطعه[3].

قال الشافعي: «كل ما كان من نبات الأرض، بعضه مغيب فيها، وبعضه ظاهر، فأراد صاحبه بيعه لم يجز بيع شيء منه إلا الظاهر منه يجز مكانه، فأما

(١) الدر المختار ورد المحتار ٤:١٤٠.
(٢) بداية المجتهد ٢:١٥٧، والدسوقي على الشرح الكبير ٣:١٨٤، ط السعادة.
(٣) المجموع ٩:٣٠٨.

المغيب فلا يجوز بيعه، وذلك مثل الجزر والفجل والبصل وما أشبهه، فيجوز أن يباع ورقه الظاهر مقطعاً مكانه، ولا يجوز أن يباع ما في داخله، فإذا وقعت الصفقة عليه كله لم يجز البيع فيه إلخ[1]. ويرى بعض الشافعية أن عدم الجواز مبني على القول ببطلان الغائب، أما على القول بجواز بيع الغائب فإن بيع المغيب في الأرض يجوز، وبه قطع إمام الحرمين، ولكن الأصل أن بيع المغيبات في الأرض باطل حتى على القول بجواز بيع الغائب، والفرق بينهما أن في بيع الغائب، يكون للمشتري الخيار، ويمكن رد المبيع على هيئته ومن غير ضرر يلحق البائع، ولو جعلنا هذا الخيار للمشتري في الجزر ونحوه لكان له أن يرده بعد قلعه، ولو لم يكن فيه عيب، وفي هذا ضرر بالبائع[2].

الحنابلة:

لا يجوز عند الحنابلة بيع ما المقصود منه مستور في الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم حتى يقلع ويشاهد؛ لأنه بيع مجهول لم ير ولم يوصف، فأشبه بيع الحمل، فهو من الغرر المنهي عنه[3].

وهذا هو المنصوص عن الإمام أحمد، فإن أبا داود قال: قلت لأحمد: بيع الجزر في الأرض. قال: لا يجوز بيعه إلا ما قلع منه، هذا غرر شيء ليس يراه، كيف يشتريه، وهذا هو قول أكثر أصحابه[4]، غير أن ابن قدامة يرى أن المغيب في الأرض إذا كان مما تقصد فروعه وأصوله كالبصل الأخضر والكراث والفجل، أو كان مما تقصد فروعه فالأولى جواز بيعه؛ لأن المقصود منه ظاهر، فأشبه الشجر والحيطان التي لها أساسات مدفونة، ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعاً فلا

(١) الأم ٣: ٥٧ ـ ٨٥.
(٢) المجموع ٩: ٣٠٨، والأم ٣: ٥٨.
(٣) المغنى ٤: ٩١، ونسب ابن قدامة القول بالمنع لأصحاب الرأي.
(٤) القواعد النورانية الفقهية ص ١٢٣.

تضر جهالته، كالحمل في البطن، واللبن في الضرع مع الحيوان. أما إن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه في الأرض؛ لأن الحكم للأغلب، وكذلك إذا تساويا؛ لأن الأصل المنع[1].

ويرى ابن تيمية أن كلام الإمام أحمد يحتمل وجهين:

أحدهما: أنه إذا لم ير المبيع كله لا يجوز البيع، والثاني: أن رؤية المبيع تكفي إذا دلت على الباقي، كرؤية وجه العبد، وقد أخذ ابن تيمية هذين الوجهين من تعليل المنع بعدم الرؤية، ثم ينقل ابن تيمية أن ابن عقيل وغيره خرج في بيع المغيبات وجهين:

أحدهما: الجواز بناء على إحدى الروايتين عنه في بيع ما لم يره، ويعلق ابن تيمية على هذا بقوله: «ولا شك أنه ظاهر، فإن المنع إنما يكون على قولنا لا يصح بيع ما لم يره، فإذا صححنا بيع الغائب فهذا من الغائب».

والثاني: أنه يجوز بيعها مطلقاً كمذهب مالك إلحاقاً لها بلب الجوز، ويعلق ابن تيمية على هذا بقوله: «وهذا القول هو قياس أصول أحمد وغيره لوجهين:

أحدهما: أهل الخبرة يستدلون برؤية ورق هذه المدفونات على حقيقتها، ويعلمون ذلك أجود مما يعلمون العبد برؤية وجهه، والمرجع في كل شيء إلى الصالحين من أهل الخبرة به، وهم يقرون بأنهم يعرفون هذه الأشياء كما يعرف غيرها مما اتفق المسلمون على جواز بيعه وأوكد.

الثاني: أن هذا مما تمس حاجة الناس إلى بيعه، فإنه إذا لم يبع حتى يقلع حصل على أصحابه ضرر عظيم، فإنه قد يتعذر عليهم مباشرة القلع والاستنابة فيه، وإن قلعوه جملة فسد بالقلع، فبقاؤه في الأرض كبقاء الجوز واللوز ونحوهما في قشره الأخضر. وأحمد وغيره من فقهاء الحديث يجوزون العرايا مع ما فياه من

(١) المغني ٤: ٩١ ـ ٩٢.

المزابنة؛ لحاجة المشتري إلى أكل الرطب، أو البائع إلى أكل الثمر، فحاجة البائع هنا أوكد بكثير»[1].

ثم يأتي ابن القيم فيسير على نهج شيخه ابن تيمية، ويقرر أن القول بالجواز هو قول أهل المدينة، وهو أحد الوجهين في مذهب الإمام أحمد، وهو الصواب المقطوع به، ويؤيد ذلك بما نصه: «فإن في المنع من بيع ذلك حتى يقلع أعظم الضرر والحرج والمشقة مع ما فيه من الفساد الذي لا تأتي به شريعة، فإنه إن قلعه كله في وقت واحد تعرض للتلف والفساد، وإن قيل كلما أردت بيع شيء منه فاقلعه كان فيه من الحرج والعسر ما هو معلوم. وإن قيل اتركه في الأرض حتى يفسد ولا تبعه فيها، فهذا لا تأتي به شريعة. وبالجملة فالمفتون بهذا القول لو بُلوا بذلك في حقولهم، أو ما هو وقف عليها ونحو ذلك، لم يمكنهم إلا بيعه في الأرض ولا بد أو إتلافه وعدم الانتفاع به. وقول القائل: إن هذا غرر ومجهول فهذا ليس حظ الفقيه ولا هو من شأنه، وإنما هذا من شأن أهل الخبرة بذلك، فإن عدوه قماراً أو غرراً فهم أعلم بذلك، وإنما حظ الفقيه: يحل كذا لأن الله أباحه، ويحرم كذا لأن الله حرمه، وقال الله وقال رسوله وقال الصحابة. وأما أن هذا يرى خطراً وقماراً أو غرراً فليس من شأنه، بل أربابه أخبر بهذا منه، والمرجع إليهم فيه كما يرجع إليهم في كون هذا الوصف عيباً أم لا، وكون هذا البيع مربحاً أم لا، وكون هذه السلعة نافقة في وقت كذا وبلد كذا، ونحو ذلك من الأوصاف الحسية والأمور العرفية، فالفقهاء بالنسبة إليهم فيها، مثلهم بالنسبة إلى ما في الأحكام الشرعية»[2].

الظاهرية:

لا يجوز عند الظاهرية بيع المغيب في الأرض من الجزر ونحوه؛ لأن في

(١) القواعد النورانية الفقهية ص ١٢٣ ــ ١٢٥.

(٢) إعلام الموقعين ٤: ٢ ــ ٣.

بيعه غرراً، يقول ابن حزم في أثناء احتجاجه على من منع بيع الآبق: «وإنما الغرر ما أجزتموه من بيع المغيبات التي لم يرها أحد قط من الجزر، والبقل، والفجل، ولعلها مستاسة أو معفونة. . . ، فهذا وأشباهه هو بيع الغرر المحرم»[1].

الشيعـة:

لا يجوز عند الشيعة الزيدية بيع كامن في الأرض، كأصل البصل والجزر والثوم ولو كان مورقاً؛ لما فيه من الغرر، ويشبه الشيعة بيع هذه الأشياء ببيع الحوت في الماء، ولو اشتراه مع الأرض لا يجوز أيضاً للجهالة. قال في البحر الزخار: «والحيلة في شرائه أن يشتري الأرض فيدخل تبعاً ثم يردها بعد قطعه. قال يحيـى: وهذا غلط إذ لا يدخل تبعاً كالزرع». ويفرق الشيعة بين هذا وبيع الغائب حيث جوزوه وجعلوا للمشتري خيار الرؤية، بأن خيار الرؤية فيما يرد على حاله، أما هذا فيرد بعد القلع، ولهذا لم يصح[2].

يتبين مما نقلناه عن الفقهاء في بيع ما يكمن في الأرض أن هناك ثلاثة آراء في الموضوع: رأي يجوز البيع ويثبت للمشتري خيار الرؤية، وهو رأي الحنفية، ولا أتجه إلى هذا، لأن في ثبوت الخيار للمشتري ضرراً بالبائع، فإن مقتضى مذهب الحنفية أن للمشتري رد المبيع عند رؤيته بعد القلع من غير قيد ولا شرط، كما هو الحال في بيع العين الغائبة.

والرأي الثاني لا يجوز بيع المغيب في الأرض إلا بعد قلعه وهو مذهب الشافعي، وأحمد، وابن حزم والزيدية، بناء على أن في بيعه قبل القلع غرراً يمنع صحة البيع، ولا أتجه إلى هذا الرأي أيضاً، لأن الحاجة قد تدعو إلى البيع قبل

(١) المحلى ٨: ٣٩٠ و ٣٩٢.

(٢) البحر الزخار ٣: ٣١٧، وفيه: وقال القاضي زيد علامة الزيدية: يجوز بيع ما يكمن في الأرض كالفجل ونحوه، وبخير المشتري إن لم يتضرر بالقلع.

القلع، وعرف الزراع جرى على بيع مثل هذه الأشياء قبل قلعها، ففي إلزامهم بقلعها قبل البيع حرج ومشقة.

والرأي الثالث يجوز البيع بشروط تمكن من العلم بالمبيع علماً لا يكون للغرر معه أثر على صحة البيع، وهو مذهب المالكية، وقد أيده ابن تيمية وابن القيم، وبه نأخذ؛ لأن فيه تحقيقاً لمصلحة كل من البائع والمشتري، ولا غرر فيه، فإن العلم في مثل هذه الحالات يحصل برؤية ظاهر المبيع أو برؤية بعضه، وهذا يكفي لصحة البيع، وعليه سار الناس في تعاملهم.

٧ ـ بيع ما يختفى في قشره:

اختلف الفقهاء في جواز بيع ما يختفي في قشره كالجوز واللوز، والفستق والباقلاء[١] الأخضر، والطلع والأرز، والسمسم ما دامت هذه الأشياء في قشرها ومثلها الحنطة والبر في سنبله، ونافجة المسك[٢] أو المسك في فأره[٣]، والدر في الصدف. وأكثرهم على جوازه.

ونورد فيما يلي آراءهم في ذلك، ممهدين لها بذكر حديثين استدل بهما بعضهم لرأيه.

١ ـ عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى تزهو، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري[٤].

---

(١) هو الفول، على وزن فاعلاء يشدد فيقصر، ويخفف فيمد، الواحدة باقلاة. ابن عابدين ٤:٥٦، والمصباح المنير.

(٢) نافجة المسك، جلدة يكون فيها المسك، والمسك دم يجتمع في كيس في سرة الظبية ثم يتقور ويسقط.

(٣) الفأرة، الوعاء الذي يكون فيه المسك، قال الشاعر:

إذا التاجر الهندي جاء بفأرة   من المسك راحت في مفارقهم تجري

(٤) رواه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه. المنتقى ٥:٢٧٥، وسنن أبي داود ٣:٣٤٤،

٢ ـ عن أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد[١].

ومعنى «بيع السنبل حتى يبيض» الواردة في حديث ابن عمر، و «بيع الحب حتى يشتد» الواردة في حديث أنس، واحد: هو بدو صلاحه[٢]. ويدل هذان الحديثان بمنطوقهما على أنه لا يجوز بيع السنبل قبل أن يبيض، ولا بيع الحب قبل أن يشتد أي قبل أن يبدو صلاحه، وهذا المعنى هو الذي قال الترمذي: إن عليه العمل عند أهل العلم. ويدلان بمفهومهما على جواز بيع الحب بعد أن يشتد، والسنبل بعد أن يبيض، وبهذا المفهوم استدل الحنابلة والشافعي في القديم.

الحنفية:

يجوز عند الحنفية بيع البر في سنبله، والباقلاء، والأرز، والسمسم، والجوز واللوز والفستق في قشرها الأول[٣]، سواء بيع الحب وحده، أو الحب مع ما هو فيه، وفي حالة بيع الحب وحده يجب على البائع إخراجه، فلو باع حنطة في سنبلها لزم البائع الدوس والتذرية.

وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠:١٧٩، والنسائي ٧:٢٧، واللفظ لأبي داود، قال أبو عيسى: حديث ابن عمر حديث صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، كرهوا بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها. الجامع الصحيح للترمذي ٣:٥٢٩ ـ ٥٣٠.

(١) رواه الخمسة إلا النسائي. المنتقى ٥:٢٧٥، وسنن أبي داود ٣:٣٤٤، وأخرجه أيضاً ابن حبان والحاكم وصححه. نيل الأوطار ٥:٢٧٥، وقال النووي: حديث أنس روي بأسانيد صحيحة. المجموع على المهذب ٩:٣٠٥. وقال أبو عيسى: هو حديث حسن غريب، ولا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث حماد بن سلمة. الجامع الصحيح ٣:٥٣٠.

(٢) النووي على مسلم ١٠:١٧٩، والسيوطي على النسائي ٧:٢٧٠.

(٣) القشر الأول هو القشر الأعلى، وإذا جاز بيعها في قشرها الأول جاز بيعها في قشرها الثاني من باب أولى.

ويثبت للمشتري خيار الرؤية؛ لأنه لم ير المبيع[1].

ويفرق أبو يوسف بين هذا، وبيع النوى في التمر، وحب القطن في قطنه، حيث جاز بيع الحنطة في سنبلها، ولم يجز بيع نوى تمر في تمر بعينه، ولا بيع حب قطن في قطن بعينه مع أنه في غلافه كالحنطة ـ بأن النوى في التمر والحب في القطن معتبر عدماً هالكاً في العرف، فإنه يقال هذا تمر وقطن، ولا يقال: هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه. ويقال هذه حنطة في سنبلها، وهذا لوز وفستق في قشره، ولا يقال هذه قشور فيها لوز.. الخ.

وخرج ابن عابدين على تفرقة أبي يوسف هذه، الجواب عن امتناع بيع اللبن في الضرع، واللحم والشحم في الشاة، والإلية والأكارع والجلد فيها، والدقيق في الحنطة، والزيت في الزيتون، والعصير في العنب، لأن كل ذلك منعدم في العرف، فلا يقال هذا عصير وزيت في محله[2].

المالكيـة:

يجوز عند المالكية بيع ما يختفى في قشره كالجوز واللوز، والباقلاء، والرمان، وإن لم يكسر شيء منه ليرى ما بداخله[3]. كما يجوز بيع الحنطة[4] في سنبلها، سواء بيعت وحدها أو بيعت مع سنبلها، غير أنه يشترط لبيعها وحدها الشروط الآتية:

---

(١) ابن عابدين ٤: ٥٦ ـ ٥٧.

(٢) ابن عابدين ٤: ٥٧، وانظر بيع المعدوم، وانظر فتح القدير ٥: ١٦، والبحر الرائق ٥: ٣٠٥.

(٣) بداية المجتهد ٢: ١٥٧، والدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٢٤، ط المكتبة التجارية. ويعبر عنه خليل بالبيع برؤية الصوان، أي برؤية ما يصون الشيء.

(٤) مثل الحنطة كل ما يتوصل إلى معرفة جودته ورداءته برؤية بعضه بفرك أو نحوه. الشرح الكبير للدردير ٣: ١٦.

١ ـ أن يكون بيعها بعد يبسها.

٢ ـ ألا يتأخر تمام حصدها ودرسها وذروها أكثر من خمسة عشر يوماً، وذلك لئلا يكون سلماً في معين.

٣ ـ أن تباع بالكيل، كأن يقول: اشتريت هذه الحنطة كل أردب بكذا سواء بيعت قبل الحصد أو بعده وقبل تخليص الحب، ولا يجوز بيعها جزافاً لعدم رؤيتها[1]. أما بيع السنبل بما فيه من الحب فيشترط لصحة البيع ما يأتي:

١ ـ أن يكون البيع بعد يبسه.

٢ ـ أن يباع جزافاً، إذا كان قائماً[2] أو قتاً، أما إذا كان منفوشاً[3]. أو في تبنه فلا يجوز بيعه جزافاً إلا إذا كان رآه وهو في سنبله قائماً وحزره، ولا يجوز أن يباع بالفدان بلا حزر.

٣ ـ أن يكون مما ثمرته في رأس قصبته كالقمح ليمكن حزره، أما ما ثمرته في قصبته كالفول، فلا يجوز بيع قته جزافاً ولو رآه قائماً لعدم إمكان حزره[4].

الشافعيـة:

الباقلاء في قشره:

اختلف الشافعية في بيع الباقلاء في قشريه[5] فقيل: لا يجوز، قال

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ١٦، ١٧٩، ط المكتبة التجارية، والمنتقى على الموطأ ٤: ٢٢ و ٥: ١٣.

(٢) الزرع إما أن يكون قائماً أو غير قائم، وغير القائم إما قت وإما منفوش، وإما في تبنه، وإما مخلص.

(٣) أي مختلطاً بعضه ببعض في الجرين أو في موضع حصده.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) المراد بقشريه القشر الأعلى والأسفل وهذا هو محل الخلاف، أما بيعه في قشره الأسفل فلا خلاف في جوازه.

الشيرازي: وهو المنصوص عليه في الأم؛ لأن الحب قد يكون صغاراً وقد يكون كباراً، وقد يكون في بيوته ما لا شيء فيه، وقد يكون فيه حب متغير وذلك غرر من غير حاجة. وقال أبو سعيد الاصطخري: يجوز لأنه يباع في جميع البلدان من غير إنكار(١).

والوجهان مشهوران في المذهب. قال النووي: وادعى إمام الحرمين والغزالي أن الأصل صحته، لأن الشافعي رضي الله عنه أمر أن يشتري له الباقلي الرطب، والأصح عند البغوي والشيرازي وآخرين عدم الصحة.

هذا بالنسبة لبيعه رطباً، أما إن كان يابساً فيجوز بيعه في قشريه على القول بجواز بيع الغائب، أما على القول بعدم جواز بيع الغائب فلا يجوز كما صرح بذلك إمام الحرمين والبغوي والجمهور، لأنه مستور بما لا يحتاج إلى بقائه فيه، ولا حاجة إلى شرائه كذلك، وحكى المتولي وجهاً بالجواز حتى على القول بمنع بيع الغائب، قال النووي: وهذا شاذ ضعيف(٢).

بيع الجوز في قشره(٣):

يجوز بيع الجوز ونحوه في قشره الأسفل بلا خلاف. أما بيعه في القشر الأعلى فالمذهب أنه لا يجوز مطلقاً، لا على الأرض ولا على الشجر، لا رطباً ولا يابساً. وحكى الخراسانيون الجواز ما دام رطباً، قال النووي وهو قول ضعيف(٤).

الحنطة في سنبلها(٥):

(١) المهذب ١: ٢٦٤.

(٢) المجموع ٩: ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٣) مثل الجوز كل ماله كمامان يزال أحدهما ويبقى الآخر إلى وقت الأكل كاللوز.

(٤) المجموع ٩: ٣٠٨.

(٥) مثل الحنطة كل ما لا يرى حبه في سنبله كالعدس، والحمص، والسمسم، والحبة السوداء.

واختلف قول الشافعي في بيع الحنطة في سنبلها، فقال في القديم: يجوز لحديث أنس، وقال في الجديد: لا يجوز، لأنه لا يعلم قدر ما فيها من الحب ولا صفة الحب، وذلك غرر لا تدعو الحاجة إليه(١). والقولان مشهوران في المذهب، قال النووي: والأصح عدم الصحة(٢). هذا بالنسبة لبيعها مع سنبلها، أما بيع الحنطة منفردة عن سنبلها فلا يجوز بلا خلاف ما دامت في سنبلها.

بيع نافجة المسك:

اختلف الشافعية في بيع نافجة المسك فقال بعضهم: لا يجوز، قال الشيرازي: وهو ظاهر النص؛ لأنه مجهول القدر مجهول الصفة وذلك غرر من غير حاجة.

وقال أبو العباس: يجوز بيعها لأن النافجة فيها صلاح للمسك لأن بقاءه فيها أكثر، فإنه يحفظ رطوبته وذكاء رائحته، فجاز بيعه فيها كالجوز في القشر الأسفل(٣). وذكر النووي وجهاً ثالثاً، وهو أن النافجة إن كانت مفتوحة وشاهد المسك فيها ولم يتفاوت ثمنها صح البيع. قال النووي: والصحيح عدم الصحة مطلقاً؛ سواء بيع مع النافجة أو دونها، مفتوحة وغير مفتوحة، كما لا يصح بيع اللحم في الجلد(٤).

الحنابلة:

الجوز واللوز والباقلاء في قشرته:

يجوز عند الحنابلة بيع الجوز واللوز والباقلاء الأخضر في قشرته؛ لأنه

(١) المهذب ١: ٢٦٤.

(٢) المجموع ٩: ٣٠٨ أما بيع الشعير، والذرة والسلت مع سنبله فجائز قبل الحصاد وبعده بلا خلاف لأن حياته ظاهرة.

(٣) المهذب ١: ٢٦٤.

(٤) المجموع ٩: ٣٠٦.

مستور بحائل من أصل خلقته فجاز بيعه كالرمان والبيض، ولأن بقاءه في قشره فيه مصلحة له لأنه لا قوام له في شجره إلا به، والباقلاء يؤكل رطباً وقشره يحفظ رطوبته، وهو يباع في أسواق المسلمين بقشره من غير نكير فكان ذلك إجماعاً[1].

الحب في سنبله:

ويجوز كذلك بيع الحب المشتد في سنبله عملاً بمفهوم الحديث، كما يجوز بيع الطلع قبل تشققه مقطوعاً على وجه الأرض وفي شجره[2].

بيع المسك في فأره:

ولا يجوز عند الحنابلة بيع المسك في فأره لأنه مجهول الصفة إلا إذا فتح وشوهد ما فيه، وذلك لأنه لا ضرر في إخراج المسك من وعائه، فإنه يبقى خارجه من غير ضرر وتبقى رائحته، فأشبه الدر في الصدف في عدم جواز بيعه مستوراً[3].

الشيعة:

الجوز والباقلاء:

يجوز عند الشيعة الزيدية بيع اللوز والجوز والباقلاء في قشرها، وإن كان فيها الكبير والصغير، والصحيح والفاسد؛ لفعل المسلمين[4].

المسك في فأره:

يجوز عند الإمامية بيع المسك في فأره، وإن لم يفتح؛ لأن صفة المسك معلومة عند أهل الخبرة، وقد جرت العادة في مثل هذا بالبيع بشرط الصحة من غير مشاهدة واختبار، لأن اختباره يؤدي إلى فساده[5].

---

(١) المغني ٤: ٩٢ والمحرر ١: ٣١٧

(٢) المغني ٤: ٩٢.

(٣) المغني ٤: ٢٠٩ ـ ٢١٠.

(٤) البحر الزخار ٣: ٣١٧.

(٥) مفتاح الكرامة ٤: ٢٣٧ و ٢٣٢.

الدر في الصدف:

ولا يجوز بيع الدر في الصدف؛ لتفاوته كبراً وصغراً، وعمقاً، وصفاء وكدرة[1].

يرى من هذا: أن الحنفية والمالكية لا يختلف رأيهم في بيع ما يختفي في قشره عن رأيهم في بيع ما يكمن في الأرض.

فالحنفية يجوزون البيع ويجعلون للمشتري خيار الرؤية، وهو رأي غير عملي، إذ كيف يكون للمشتري الحق في رد المبيع بعد كسره.

والمالكية يجوزون البيع بشروط تباعد بينه وبين الغرر، وأي محظور آخر.

أما الشافعية والحنابلة فقد كانوا أكثر تساهلاً في هذا الموضوع؛ فالشافعية مختلفون في حكم بيع ما يختفي في قشره، بل إن الشافعي قد روى عنه قولان في بيع بعض الأشياء التي تختفي في قشرها، كالباقلاء والحنطة.

والحنابلة جوزوا بيع أكثر الأشياء التي تختفي في قشرها.

وأرى: أن القاعدة التي يمكن استخلاصها من هذه الآراء المختلفة، والتي ينبغي اتباعها في بيع ما يختفي في قشره هي: أن ما يضره الكسر كالرمان يجوز بيعه وهو في قشره، وكذلك ما تمكن معرفته من غير إزالة قشره كالفول، أما ما لا يضره الكسر، ولا تمكن معرفته وهو في قشره فلا يجوز بيعه؛ لأن في ذلك غرراً من غير حاجة.

● ● ●

---

(١) مفتاح الكرامة ٤: ٢٣٧.

المبحث الخامس

الجهـل بمقـدار المحـل

المحل المشار إليه، مبيعاً كان أو ثمناً، لا يحتاج إلى معرفة قدره، فلو قال: بعتك هذه الصبرة من القمح، أو هذه الثياب بهذه الدراهم التي في يدك، وهي مرئية له فقبل: جاز ولزم، مع كون الثياب والدراهم مجهولة العدد؛ لأن الإشارة كافية في العلم به، النافي للجهالة المفضية إلى المنازعة. المانعة من التسليم والتسلم[1].

أما المحل غير المشار إليه فالعلم بمقداره شرط لصحة البيع، فلا يصح بيع مجهول القدر، ولا البيع بثمن مجهول القدر. لم يخالف في هذا أحد من الفقهاء فيما اطلعت عليه سوى الشر نبلالي من علماء الحنفية، فإنه لم يشترط العلم بقدر المبيع لصحة البيع، كما لم يشترط العلم بوصفه، وقد وضحنا رأيه عند الكلام عن الجهل بصفة المحل.

(١) هذه المسألة ترجع إلى بيع الجزاف، وسنفصل القول فيه إن شاء الله، وما ذكرناه هنا مأخوذ من كتب الحنفية.

علة المنع:

وعلة المنع هي الغرر، كما صرح بذلك كثير من فقهاء المالكية والشافعية[1].

ويعلل فقهاء الحنفية المنع، بأن جهالة مقدار كل من المبيع والثمن تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم[2]، وهذا يرجع إلى الغرر.

ويعلل ابن حزم المنع، بأن التراضي لا يقع على ما لا يدري قدره[3] وهذا أيضاً يرجع إلى الغرر؛ لأن التراضي المعدوم في بيع مجهول القدر هو التراضي المعتبر شرعاً، لا مجرد التراضي بين المتعاقدين، فإن ذلك قد يكون موجوداً، ولكن الشارع لا يعتد به، لأنه تراضٍ على أمر فيه غرر، وقد قلنا في الباب التمهيدي: إن النهي عن بيع الغرر من حق الشارع، الذي لا يصح للمتعاقدين إسقاطه بتراضيهما.

القانـون:

يشترط القانون في محل الالتزام أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، إذا لم يكن معيناً بذاته، فإذا باع شخص قطناً مثلاً، وجب أن يذكر نوعه ومقداره، إلا إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين المقدار، كما إذا تعهد شخص أن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين، فالمقدار اللازم من الأغذية قابل للتعيين، وفقا لحاجة المستشفى، وهذا يكفي لصحة العقد[4].

(١) بداية المجتهد ٢: ١٤٨ و ١٥٨، والفروق ٣: ٢٦٥ و ١٧٢، والقوانين الفقهية ص ٢٤٨، والمهذب ١: ٢٦٤ و ٢٦٦، والمجموع ٩: ٣١١ و ٣٣٣.

(٢) ابن عابدين ٤: ٢٨، وفتح القدير ٥: ٨٣، والبدائع ٥: ١٥٨ و ١٧٨، والأصل ص ٩٠ و ١٣٠.

(٣) المحلى ٨: ٣٤٣ وانظر ص٢٠٢

(٤) المادة (١٣٣) من التقنين المدني المصري ومصادر الحق ٣: ٦٦.

ويشترط كذلك أن يكون مقدار الثمن معينا، أو قابلاً للتعيين[1]، ففي عقد البيع يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد[2]، كما يصح البيع ولو لم يحدد المتعاقدان ثمناً، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة، أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما.

أما إذا لم يتفق المتعاقدان لا صراحة ولا ضمناً على تحديد الثمن، أو على جعله قابلاً للتحديد، ببيان الأسس التي يحدد بمقتضاها، فإن البيع يكون باطلاً، لفقده ركناً من أركانه[3].

واضح من هذا أن القانون لا يشترط أن يكون المحل معلوم المقدار وقت العقد، بل يكفي فيه أن يتضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقدار المبيع أو الثمن في المستقبل، فهل يوافق الفقه الإسلامي القانون في هذا، فيكتفي بقابلية المحل للعلم بمقداره في المستقبل، وإن لم يكن معلوماً وقت العقد؟

يستحسن أن نرجىء الإجابة عن هذا السؤال إلى أن نفرغ من بحث جزئيات هذا الموضوع، ونتبين منها اتجاهات الفقهاء.

وسنتكلم فيما يلي عن بعض البيوع التي فيها غرر ناشىء عن الجهل بمقدار المحل:

---

(١) المادة (١٣٣) ومصادر الحق ٣: ٦٧.

(٢) المادة (٤٢٣) وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ص ١١٨.

(٣) المادة (٤٣٤) ومذكرتها التمهيدية.

(أ) الجهل بمقدار المبيع:

١ ـــ المزابنة[1]

وردت أحاديث متعددة في النهي عن بيع المزابنة، رويت عن جمع من الصحابة وبطرق مختلفة، نذكرها فيما يلي تاركين المكرر، وما ذكر منها في موضوع آخر[2].

١ ـــ مالك عن داود بن الحصين، عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد[3]، عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة، والمحاقلة.

والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر[4] في رؤوس النخل[5].

٢ ـــ عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة[6]:

٣ ـــ عن عطاء سمع جابر بن عبد الله رضي الله عنه نهى[7] النبي ﷺ عن

---

(١) المزابنة مشتقة من الزبن وهو المخاصمة والمدافعة، ومنه سميت الحرب الزبون، لشدة الدفع فيها، وقيل: للبيع المخصوص مزابنة، لأن كل واحد من المتبايعين يدفع صاحبه عن حقه، أو لأنهما يتدافعان في مخاصمتهما بسببه. النووي على مسلم ١٠: ١٨٧، ونيل الأوطار ٥: ٢٤٨، والقاموس المحيط.

(٢) انظر حديث أنس ص١٣٩ (الملامسة)، وحديث سهل بن أبي حثمة في الكلام عن (العرايا).

(٣) جاء في الموطأ (حمد) بدل (أحمد)، وهو مخالف لما في سائر كتب الحديث.

(٤) الأولى الثمر بالثاء المثلثة، والثانية التمر بالتاء المثناة.

(٥) رواه مالك، والبخاري، ومسلم، وفيه: «والمحاقلة كراء الأرض». الموطأ ٤: ٢٤٦، وصحيح البخاري ٣: ٧٥، ولم يذكر البخاري تفسير المحاقلة، وصحيح مسلم ١٠: ٢٠١.

(٦) رواه مسلم والترمذي وقال: حديث حسن صحيح. صحيح مسلم ١٠: ٢٠١، والجامع الصحيح ٣: ٥٢٧.

(٧) هكذا في البخاري، وفي مسلم: «قال نهى».

المخابرة، والمحاقلة، وعن المزابنة، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها[1] وألا[2] تباع إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا[3].

٤ ــ عن جابر، أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة، وأن تشتري النخل حتى تشقه، والإشقاه أن يحمر أو يصفر أو يؤكل منه شيء.

والمحاقلة أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم.

والمزابنة أن يباع النخل بأوساق من التمر.

والمخابرة الثلث والربع وأشباه ذلك.

قال زيد: قلت لعطاء بن أبي رباح: سمعت جابر بن عبد الله يذكر هذا عن رسول الله ﷺ؟ قال: نعم[4].

٥ ــ عن جابر أن النبي ﷺ نهى عن المحاقلة، والمزابنة، والمخابرة، والثنيا إلا أن تعلم[5].

---

(١) في مسلم: «صلاحه».

(٢) في مسلم: «ولا يباع».

(٣) رواه البخاري ومسلم، واللفظ للبخاري، وفي رواية لمسلم: «وعن بيع الثمرة حتى تطعم»، وفي ثانية: «وأن تشتري النخل حتى تشقه...»، وفي ثالثة: «حتى تشقح»، وفي رابعة: «حتى يطيب». وفي بعض روايات مسلم: قال عطاء فسر لنا جابر قال: أما المخابرة، فالأرض البيضاء يدفعها الرجل إلى الرجل، فينفق فيها ثم يأخذ من الثمر.
وزعم أن المزابنة بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا، والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك يبيع الزرع القائم بالحب كيلا. صحيح البخاري ٣: ١١٥، وصحيح مسلم بشرح النووي ١٠: ١٩٣ ــ ١٩٦. وتشقه وتشقح بضم التاء وإسكان الشين معناهما واحد أي تتغير إلى الحمرة أو الصفرة.

(٤) رواه البخاري ومسلم، واللفظ لمسلم. منتقى الأخبار ٥: ٢٧٨، وصحيح مسلم ١٠: ١٩٤.

(٥) رواه النسائي والترمذي، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، غريب من هذا الوجه، ــ يونس بن عبيد عن عطاء عن جابر ــ منتقى الأخبار ٥: ٢٤٨، والجامع الصحيح ٣: ٥٨٥.

٦ ــ سعيد بن ميناء عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة، والمحاقلة، والمخابرة، وعن بيع الثمرة حتى تشقح قال: قلت لسعيد ما تشقح؟ قال: تحمار وتصفار ويؤكل منها[1].

٧ ــ عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة ، والمزابنة والمعاومة والمخابرة. قال أحدهما: بيع السنين هي المعاومة[2].

وعن الثنيا ورخص في العرايا[3].

٨ ــ عن جابر بن عبد الله أنه سمع رسول الله ﷺ ينهى عن المزابنة والحقول، فقال جابر بن عبد الله: المزابنة الثمر بالتمر[4]، والحقول كراء الأرض[5].

٩ ــ عن رافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة أن النبي ﷺ نهى عن بيع المزابنة؛ بيع الثمر بالتمر، إلا أصحاب العرايا فإنه أذن لهم[6].

١٠ ــ مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة.

والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر.

---

(١) رواه مسلم. صحيح مسلم ١٠: ١٩٥.

(٢) هذه العبارة لمسلم، ويريد بأحدهما عبيدالله بن عمر القواريري، ومحمد بن عبيد الغبري وهما اللذان روى عنهما الحديث.

(٣) رواه مسلم، والترمذي، غير أنه لم يذكر «وبيع السنين هي المعاومة» ولا «وعن الثنيا»، وقال: هذا حديث حسن صحيح. صحيح مسلم ١٠: ١٩٥، والجامع الصحيح ٣: ٦٠٥.

(٤) الثمر: المراد به ثمر النخل وليس المراد كل الثمار، فإن سائر الثمار يجوز بيعه بالتمر. النووي على مسلم ١٠: ١٨٣.

(٥) رواه مسلم. صحيح مسلم ١٠: ٢٠١.

(٦) رواه أحمد والبخاري ومسلم والترمذي، وزاد فيه: «وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه»، وقال: هذا حديث حسن صحيح، غريب من هذا الوجه. منتقى الأخبار ٥: ٣٠٩، وصحيح البخاري ٣: ١١٥، وفيه: «نهى عن المزابنة»، وصحيح مسلم ١٠: ١٨٧، والجامع الصحيح ٣: ٥٩٦.

والمحاقلة شراء الزرع بالحنطة، واستكراء الأرض بالحنطة.

قال ابن شهاب: فسألت سعيد بن المسيب عن استكراء الأرض بالذهب والورق فقال: لا بأس بذلك[1].

١١ ــ عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال: نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة[2].

١٢ ــ عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة قال[3]: والمزابنة أن يبيع الثمر بكيل إن زاد فلي وإن نقص فعلي[4].

١٣ ــ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة. والمزابنة بيع الثمر بالتمر كيلا، وبيع الكرم[5] بالزبيب كيلا[6].

---

(١) رواه مالك واللفظ له، ورواه مسلم ولم يذكر فيه: قال ابن شهاب. الموطأ ٤:٢٤٦، وصحيح مسلم ١٠:١٨٣.

(٢) رواه البخاري. صحيح البخاري ٣:٧٥.

(٣) القائل: ابن عمر، كما في عمدة القاري ١١:٢٩١.

وفي الأم: أخبرنا الربيع قال: أخبرنا الشافعي قال: أخبرنا سفيان عن عمرو بن دينار عن إسماعيل الشيباني أو غيره قال: بعت ما في رؤوس نخلي بمائة وسق، إن زاد فلهم وإن نقص فعليهم فسألت ابن عمر، فقال: نهى رسول الله ﷺ عن هذا، إلا أنه رخص في بيع العرايا. الأم ٣:٤٦.

(٤) رواه البخاري ومسلم وفيه: والمزابنة أن يباع ما في رؤوس النخل بتمر بكيل مسمى. صحيح البخاري ٣:٧٤، وصحيح مسلم ١٠:١٨٩.

(٥) المراد بالكرم: العنب، وسمي العنب كرماً وإن كان الكرم شجر العنب على سبيل المجاز.

قال العيني: قال أبو عمر: لا خلاف بين العلماء أن تفسير المزابنة في هذا الحديث من قول ابن عمر أو مرفوعه، عمدة القارىء ١١:٢٩٠، وقال الباجي: الأظهر أنه من قول النبي ﷺ لاتصاله بقوله. المنتقى ٤:٢٤٤.

(٦) رواه مالك واللفظ له، والبخاري، ومسلم، الموطأ ٤:٢٤٦، وصحيح البخاري ٤:٧٣، وفيه: وبيع الزبيب بالكرم كيلاً، وانظر ص٧٥ منه، وصحيح مسلم ١٠:١٨٧.

١٤ ــ عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: لا يبيع بعضكم على بيع بعض ونهى عن النجش، ونهى عن بيع حبل الحبلة، ونهى عن المزابنة، والمزابنة بيع الثمر بالتمر كيلا وبيع الكرم بالزبيب كيلا[1].

١٥ ــ عن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة، أن يبيع الرجل ثمر حائطه[2] إن كان نخلا بتمر كيلا، وإن كان كرما أن يبيعه بزبيب كيلا، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعام[3] نهى عن ذلك كله[4].

١٦ ــ عن عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ نهى عن المزابنة؛ بيع ثمر النخل بالتمر كيلا، وبيع العنب بالزبيب كيلا، وبيع الزرع بالحنطة كيلا[5].

تفسير المزابنة كما يؤخذ من الأحاديث المتقدمة:

١ ــ المزابنة هي: اشتراء الثمر بالتمر في رؤوس النخل.

ورد هذا التفسير في حديث أبي سعيد الخدري عند مالك والبخاري[6] وبمثله فسرها الترمذي[7].

---

(١) رواه أحمد. مسند الإمام أحمد ٢:١٠٨ روى هذا الحديث أحمد عن الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر.

(٢) الحائط: هو البستان من النخل إذاكان عليه حائط.

(٣) الطعام في عرف المتقدمين هو الحنطة: عمدة القاري ص ١٢ ــ ١٣، وابن عابدين ٤:٣٦، وفي المصباح: الطعام عند أهل الحجاز: البر خاصة، وفي العرف اسم لما يؤكل، كما أن الشراب اسم لما يُشرب.

(٤) متفق عليه، ولمسلم في رواية: وعن كل ثمر بخرصة. منتقى الأخبار ٥:٣٠٨، والبخاري ٣:٧٨، ومسلم ١٠:١٨٨ و ١٨٩.

(٥) رواه مسلم. صحيح مسلم ١٠:١٨٨.

(٦) الحديث رقم (١).

(٧) الجامع الصحيح ٣:٥٢٧.

٢ ــ المزابنة: بيع الرطب في النخل بالتمر كيلا.

هذا تفسير جابر كما رواه مسلم[١] وفيه زيادة «كيلا» على التفسير الأول.

٣ ــ المزابنة: أن يباع النخل بأوساق من التمر.

ورد هذا التفسير في حديث جابر عند مسلم[٢]، وهو مثل التفسير الثاني، فإن المراد بالنخل: ثمر النخل، و «بأوساق»، و «كيلا» مؤداهما واحد.

٤ ــ المزابنة: بيع الثمر بالتمر.

ورد هذا التفسير في حديث رافع بن خديج[٣]، وفي حديث سعيد بن المسيب[٤]، وقد ورد مثله عن جابر[٥]، وورد أيضا في حديث سهل بن أبي حثمة[٦]، وهو يختلف عن التفاسير السابقة في أنه لم يذكر على رؤوس النخل ولا الكيل، فهو يصدق على بيع الثمر على رؤوس النخل وعلى بيعه مقطوعا، كما يصدق على بيعه بالتمر كيلا وغير كيل.

٥ ــ المزابنة: أن يبيع الثمر بكيل، إن زاد فلي وإن نقص فعلي.

ورد هذا التفسير في حديث ابن عمر على رواية البخاري[٧].

ومعناه: أن يبيع الشخص الثمر الذي على نخله بكيل مسمى من التمر، كما صرح بذلك مسلم، ويشترط على المشتري أن الثمر المخروص إن زاد على الكيل فهو له، أي للبائع، وإن نقص فعليه إكمال الناقص، فهو كالتفسير الثاني والثالث،

---

(١) الحديث رقم (٣)، وانظر الحديث رقم (٨).

(٢) انظر الحديث رقم (٤).

(٣) الحديث رقم (٩).

(٤) الحديث رقم (١٠).

(٥) الحديث رقم (٨).

(٦) الحديث رقم (٥)، العرايا.

(٧) الحديث رقم (١٢).

غير أن فيه زيادة الشرط، وهذا الشرط يخفف من الغرر، ومع هذا اعتبر البيع من المزابنة[١].

٦ ــ المزابنة: بيع الثمر بالتمر كيلا، وبيع الكرم بالزبيب كيلا.

هذا التفسير ورد في حديث ابن عمر عند مالك والبخاري ومسلم، وفي حديثه عن أحمد[٢]، وفيه زيادة على التفاسير السابقة أنه جعل من المزابنة بيع الكرم بالزبيب، وقد قصرتها التفاسير السابقة على النخل.

٧ ــ المزابنة: أن يبيع الرجل ثمر حائطه إن كان نخلا بتمر كيلا، وإن كان كرماً أن يبيعه بزبيب كيلا، وإن كان زرعاً أن يبيعه بكيل طعام.

ورد هذا التفسير في حديث ابن عمر عند أحمد والبخاري ومسلم وفي حديثه عند مسلم[٣]، وهو يجعل المزابنة عامة في النخل والكرم والزرع، وبعض التفاسير السابقة قصرها على النخل، وبعضها قصرها على النخل والكرم.

هذه هي التفاسير الواردة في الأحاديث، بعضها صرح فيه الراوي أن التفسير من قول الصحابي، وبعضها لم يصرح فيه، وهذا يحتمل أن يكون من الرسول ﷺ، ويحتمل أن يكون من الراوي.

والقدر المشترك بين هذه التفاسير هو: المزابنة بيع الثمر على النخل بالتمر كيلا. وأعم هذه التفاسير التفسير القائل: المزابنة بيع الثمر بالتمر والكرم بالزبيب والزرع بالطعام كيلا.

---

(١) فهم بعض شراح الحديث أن هذه الصورة من المزابنة من صور القمار، وذلك لأنهم تأولوا هذا التفسير بما إذا قال شخص لآخر: أضمن لك صبرتك هذه بعشرين صاعاً مثلاً، فما زاد فلي وما نقص فعلى، وليس الأمر كما تأولوا. انظر نيل الأوطار ٥: ٣٠٨.

(٢) الحديث رقم (١٣)، و (١٤).

(٣) الحديث رقم (١٥)، و (١٦).

وينبغي الأخذ بجميع هذه التفاسير الواردة في الأحاديث الصحيحة؛ لأنها إن كانت من الرسول فلا معدل عنها، وإن كانت من الصحابي فهو أعلم بما رواه.

ما يستفاد من الأحاديث:

الحكم الذي يستفاد من هذه الأحاديث، أن بيع الثمر على رؤوس النخل بالتمر كيلا لا يجوز، سواء أشرط البائع أن تكون له الزيادة وعليه النقص، أم شرط أن تكون الزيادة للمشتري والنقص عليه، أم لم يشترط شيئاً، وكذلك بيع الكرم بالزبيب، وبيع الزرع بالطعام، عملا بجميع الأحاديث، وحملا للمطلق على المقيد.

وإذا لم يجز البيع بالتمر كيلا فمن باب أولى لا يجوز به جزافاً.

أما بيع الرطب مقطوعاً بالتمر فليس من المزابنة، لأنه لم يرد في تفسير المزابنة، وقد جاء الحكم بمنعه في حديث خاص نورده فيما يلي:

شراء التمر بالرطب:

عن سعد بن أبي وقاص قال: سمعت النبي ﷺ يسأل عن اشتراء التمر بالرطب فقال لمن حوله: أينقص الرطب إذا يبس؟ قالوا: نعم. فنهى عن ذلك(١).

---

(١) رواه الخمسة، وأخرجه أيضاً ابن خزيمة وابن حبان والحاكم، والدارقطني والبيهقي. منتقى الأخبار ٥:٣٠٨، وسنن النسائي ٢:٢١٩ ، الحديث صححه الترمذي، وابن خزيمة وابن حبان، وابن المديني، والحاكم وقال: لا أعلم أحداً طعن فيه.
وقد أعله جماعة منهم الطحاوي والطبري، وابن حزم، وعبد الحق، بأن في إسناده زيداً أبا عياش وهو مجهول. ولكن قال في التلخيص: يجاب عن هذا بأن الدارقطني قال عن زيد هذا: إنه ثقة ثبت، وقال المنذري: قد روى عنه ثقات. واعتمده مالك مع شدة نقده.
نيل الأوطار ٥:٣٠٨، والمغني ٤:١٣، والمحلى ٨:٤٦٢، وفيه زيد بن أبي عياش، وفي ص ٤٦٦ منه: زيد أبو عياش كما في نيل الأوطار.

المزابنة عند الفقهاء:

اختلف الفقهاء في تفسير المزابنة: فوقف بعضهم عند التفاسير الواردة في الأحاديث، وتوسع بعضهم فأدخل فيها ما لم يرد في الأحاديث، فممن وقف عند التفاسير الواردة الحنفية، فقد عرفوها بأنها: بيع الرطب على النخل بتمر مقطوع مثل كيله، ومثله العنب على الكرم بالزبيب(١).

ومنهم الشيعة الزيدية: جاء في البحر الزخار:

المزابنة بيع الرطب قبل جذه بخرصه تمرا(٢).

وممن توسع في تفسير المزابنة المالكية، فقد فسرها مالك بعبارة طويلة تفسيراً يخرجها من البيع، ويجعلها ضرباً من ضروب القمار، فقال ما خلاصته:

المزابنة هي كل شيء من الجزاف الذي لا يعلم كيله ولا وزنه ولا عدده ابتيع بشيء مسمى من الكيل، أو الوزن، أو العدد، وصورة ذلك: أن تكون لرجل صبرة من التمر مثلا لا يعلم كيلها، فيقول له آخر: اشتريتها منك بمائة كيلة، ثم تكال الصبرة، فإن زادت على المائة أخذ المشترى الزائد، وإن نقصت أكملها مائة، فهذا في الواقع ليس بيعاً، ولكنه القمار؛ لأن المشتري لم يشتر شيئاً بشيء أخرجه، ولكنه ضمن للبائع ما سمى من الكيل، على أن له ما زاد، وعليه ما نقص(٣).

وقال الباجي: المزابنة اسم لبيع الثمر بالتمر والزبيب بالكرم، ورطب كل جنس بيابسه، ومجهول منه بمعلوم(٤).

---

(١) ابن عابدين ٤:١٥١، وفتح القدير ٥:١٩٥ المطبعة الأميرية. يلاحظ أن الحنفية لم يذكروا بيع الزرع بالطعام.
(٢) البحر الزخار ٣:٢٩٤. يلاحظ أنهم اقتصروا على النخل فقط.
(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٤:٢٤٦ ــ ٢٤٧.
(٤) المنتقى ٤:٢٤٣.

وعرفها ابن رشد بأنها: بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية[1].

وعرفها ابن جزي بأنها: بيع شيء رطب بيابس من جنسه، فيدخل فيها بيع الثمر بالرطب، والزبيب بالعنب، والقمح بالعجين، والقمح المبلول باليابس، والقديد باللحم، واللبن بالجبن[2].

هذا وقد أجمع الفقهاء على تحريم بيع الثمر على النخل بالتمر في غير العرايا، وأجمعوا أيضاً على تحريم بيع العنب في الكرم بالزبيب، وبيع الزرع قبل أن يقطع بالطعام، وهذا هو القدر الوارد في الأحاديث المتفق على صحتها، واختلفوا فيما عداه، فمما اختلفوا فيه بيع الرطب من هذه الأشياء مقطوعا باليابس منها، فمنعه الجمهور، سواء أكان متفاضلاً أم متماثلاً.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيعه بمثله من اليابس، وخالف الصاحبان أبا حنيفة فهما مع الجمهور؛ لأن الرطب وإن عرف كيله في نفسه فلا يعلم قدره من التمر الذي يؤخذ عوضا عنه[3].

علة المنـع:

وعلة المنع في الربويات التفاضل والغرر، وفي غير الربويات الغرر الناشيء عن عدم التحقق من قدر المبيع[4].

---

(١) بداية المجهد ٢:١٥٩.

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٤٧.

(٣) النووي على مسلم ١٠:١٨٨، والمغني ٤:١٣، والأم ٣:٢١، والمنتقى على الموطأ ٤:٢٤٣، وعمدة القاري ١١:٢٩٠ و ٢٩٨ و ١٢:١٣، قال ابن المنذر: وأظن أن أبا ثور وافق أبا حنيفة. المحلى ٨:٣٥٩، وابن عابدين ٤:١٥١ و ٢٥٥.

(٤) بداية المجتهد ٢:١٥٩، والقوانين الفقهية ص ٢٤٧، ونيل الأوطار ٥:٢٨٠، وابن عابدين ٤:١٥١.

٢ ــ العرايا[1]

النـصـوص:

وردت أحاديث متعددة في بيع العرايا ذكرنا بعضها في المزابنة[2] وإليك سائرها:

١ ــ عن أبـي هريرة رضي الله عنه أن النبـي ﷺ رخص في بيع العرايا في خمسة أوسق[3] أو دون خمسة أوسق[4].

٢ ــ عن جابر رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر حتى يطيب، ولا يباع شيء منه إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا[5].

٣ ــ عن زيد بن ثابت أن النبـي ﷺ رخص في العرايا بخرصها[6].

٤ ــ عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت أن

---

(١) العرايا: جمع، واحدتها عرية بتشديد الياء، كمطية ومطايا.

(٢) انظر الحديث رقم (٣)، (٧)، (٩) في ص ٢٢٩و٢٣١.

(٣) أوسق: جمع وسق بفتح الواو وكسرها والفتح أفصح، وقدره ستون صاعاً. النووي على مسلم ١٠:١٨٨.

(٤) رواه البخاري، ومسلم، والترمذي وقال: حديث حسن. صحيح البخاري ٣:٧٦، وفي ص ١١٥ بلفظ: «رخص النبي ﷺ في بيع العرايا بخرصها من التمر فيما دون خمسة أوسق، أو في خمسة أوسق، شك داود في ذلك»، ومثله ما في صحيح مسلم ١٠:١٨٧: «... وداود هذا هو داود بن الحصين الذي روى الحديث عن سفيان عن أبـي هريرة»، والجامع الصحيح ٣:٥٩٥.

(٥) رواه البخاري. صحيح البخاري ٣:٧٦.

(٦) رواه البخاري، ومسلم، والترمذي، وقال: هذا حديث حسن صحيح. صحيح البخاري ٣:٧٤، وصحيح مسلم ١٠:١٨٥، والجامع الصحيح ٣:٥٩٥. وخرصها ــ بفتح الخاء وكسرها، والفتح أشهرــ ، ومعناه: بقدر ما فيها إذا صار تمراً. النووي على مسلم ١٠:١٨٤، ونقل عن أحمد أنه قال: بخرصها رطباً ويعطي تمراً رخصة.

رسول الله ﷺ أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها[1].

٥ ـ عن سهل بن أبي حثمة قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمر بالتمر، ورخص في العرايا أن يشتري بخرصها، يأكلها أهلها رطبا[2].

٦ ـ سالم بن عبد الله عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال: لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه، ولا تبيعوا الثمر بالتمر، قال سالم: وأخبرني عبد الله عن زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ: رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو[3] بالتمر ولم يرخص في غيره[4].

قال الطحاوي: جاءت هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها أهل العلم جميعاً، ولم يختلفوا في صحة مجيئها، ولكنهم تنازعوا في تأويلها[5].

---

(١) رواه مالك، والبخاري، ومسلم، وفي رواية لمسلم: أن رسول الله ﷺ رخص في العرية يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً، يأكلونها رطباً. وفي رواية: قال يحيى: العرية أن يشتري الرجل ثمر النخلات لطعام أهله رطباً بخرصها تمراً. الموطأ بهامش المنتقى ٤:٢٢٤، وصحيح البخاري ٣:٧٥ و ٧٦ و ١١٥، وصحيح مسلم ١٠:١٨٤، ويحيى هو يحيى بن سعيد، أحد رواة الحديث.

(٢) متفق عليه، وفي لفظ متفق عليه: نهى عن بيع الثمر بالتمر، وقال: ذلك الربا، تلك المزابنة، إلا أنه رخص في بيع العرية، النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً، يأكلونها رطباً. وفي بعض روايات مسلم «الزبن» بدل «الربا». منتقى الأخبار ٥:٣٠٩، والبخاري ٣:٧٦، ومسلم ١٠:١٨٥ و ١٧٦. والزبن ـ بفتح الزاي وإسكان الموحدة ـ، وأصل الزبن الدفع.

(٣) «أو» يحتمل أن تكون للشك فيكون الترخيص في البيع بأحد النوعين: الرطب والتمر، ويحتمل أن تكون للتخيير، فيكون الترخيص في البيع بكل منهما، ويؤيد الاحتمال الثاني رواية: وبالتمر، بالواو عند النسائي والطبراني والبيهقي. عمدة القارى ١١:٣٠٠، والنووي على مسلم ١٠:١٨٩.

(٤) رواه البخاري، ومسلم، واللفظ للبخاري. صحيح البخاري ٣:٧٥، ومسلم ١٠:١٨٣.

(٥) فتح القدير ٥:١٩٦، ط الأميرية.

تفسير العرية:

العرية في اللغة مشتقة من التعري، وهو التجرد؛ لأنها عريت عن حكم باقي البستان، وهي فعيلة بمعنى فاعلة، وقيل: هي فعيلة بمعنى مفعولة من عراه يعروه إذا أتاه وتردد إليه لأن صاحبها يتردد إليها.

وقيل: سميت بذلك: لتخلي صاحبها الأول عنها من بين سائر نخله قال أبو عبيد: الإعراء أن يجعل الرجل للرجل ثمرة نخله عامها ذلك: قال الشاعر الأنصاري يصف النخل:

ليست بسنهاء ولا رجبية ... ولكن عرايا في السنين الجوائح[1]

وقد كانت العرب في الجدب تتطوع بذلك على من لا ثمر له، كما يتطوع صاحب الشاة أو الإبل بالمنيحة[2]. فالعرية في اللغة هي النخلة الموهوب ثمرها.

تفسير العرية عند المحدثين:

١ ـ العرية أن يشتري الرجل ثمر النخلات لطعام أهله رطبا بخرصها تمرا.

هذا تفسير يحيى بن سعيد كما ذكره مسلم وابن حزم[3]، وهو مخالف للتفسير اللغوي، ولما يفهم من الأحاديث من أن العرية اسم للنخلة.

وذكر ابن حزم ليحيى تفسيراً آخر هو:

٢ ـ العرية النخلة والنخلتان والنخلات تجعل للقوم فيبيعون ثمرها

---

(١) يمدح الشاعر نفسه بالجود ويقول: إن نخلته ليست بسنهاء، أي لا يعامل عليها سنين ولا رجبية، أي لا يبنى بالحجارة حول أصلها، ولكن عرايا... إلخ، أي: إذا نزلت الجوائح بالناس واشتد الزمان وقلّت الثمار جعل ثمرها هبة للمحتاجين.

(٢) النووي على مسلم ١٠:١٨٨، والمنتقى ٤:٢٢٦، والمغني ٤:٥٩، والقاموس المحيط، وفيه والعرية النخلة المعراة، والتي أكل ما عليها، وما عزل من المساومة عند بيع النخل. والمنيحة عطية اللبن دون الرقبة. نيل الأوطار ٥:٣١٠.

(٣) الحديث رقم (٤)، والمحلى ٨:٤٦٣.

بخرصها تمرا، وقال: إنه تفسير زيد بن ثابت، ومحمد بن إسحق أيضاً[1].

٣ ــ العرية النخلة والنخلتان يأخذها أهل البيت بخرصها تمرا يأكلونها رطبا. ورد هذا التفسير في حديث سهل بن أبي حثمة[2] وهو يحتمل أن يكون من الرسول ويحتمل أن يكون من سهل.

٤ ــ العرايا أن يعرى الرجل في ماله النخلة والنخلتين. هذا تفسير ابن إسحق[3] في حديثه عن نافع عن ابن عمر كما ذكره البخاري[4].

وذكره أبو داود بأوسع من هذا فقال: قال ابن إسحق:

٥ ــ العرايا أن يهب الرجل للرجل النخلات فيشق عليه أن يقوم عليها فيبيعها بمثل خرصها[5]. وهذا قريب من تفسيره الذي ذكره ابن حزم[6] غير أن في هذا زيادة «فيشق عليه أن يقوم عليها».

٦ ــ العرايا نخل كانت توهب للمساكين فلا يستطيعون أن ينتظروا بها، رخص لهم أن يبيعوها بما شاءوا من التمر. هذا تفسير سفيان بن حسين[7]

---

(١) المحلى ٨: ٤٦٢.

(٢) الحديث رقم (٥)، وانظر مسند الإمام أحمد ٥: ٣٦٤ ــ ٣٦٥.

(٣) هو محمد بن إسحق بن يسار، صاحب المغازي.

(٤) صحيح البخاري ٣: ٧٦. ذكر البخاري هذا التفسير بلفظ: قال ابن إسحق: «كانت العرايا»، ونسب ابن حزم هذا التفسير إلى ابن عمر وقال: «لا بيان فيه». المحلى ٨: ٤٦٢، قلت: فيه بيان حقيقة العرايا وإن لم يكن فيه بيان حكمها.

(٥) سنن أبي داود ٣: ٣٤٣.

(٦) التفسير رقم (٢).

(٧) صحيح البخاري ٣: ٧٦، ومسند الإمام أحمد ٥: ١٩٢.
قال العيني: والجمهور على أن الأمر بعكس ما قال سفيان، فقد قالوا: كان سبب الرخصة أن المساكين الذين ما كان لهم نخلات ولا نقود يشترون بها الرطب، وقد فضل من قوتهم التمر كانوا يشتهون الرطب فرخص لهم في شراء الرطب بالتمر. عمدة القاري ١١: ٣٠٦.

وسفيان بن عيينة، والأوزاعي، وأحمد بن حنبل[1].

٧ ــ العرايا نخلات معلومات تأتيها فتشتريها[2]. هذا تفسير موسى بن عقبة[3].

٨ ــ العرية: الرجل يعري الرجل النخلة، أو الرجل يستثنى من ماله النخلة أو الإثنتين يأكلها فيبيعها بتمر. هذا تفسير عبد ربه بن سعيد الأنصاري[4]. ويفهم منه أن العرية عنده هي النخلة المعراة أو النخلة المستثناة للأكل.

هذا والذي يؤخذ من الأحاديث، أن العرية هي النخلة ولكن ليس في الأحاديث وصف النخلة، فينبغي حملها على المعنى اللغوي، وهو «النخلة الموهوب ثمرها» كما قلنا. وهذا متفق مع أكثر التفاسير التي ذكرناها.

الحكم الذي يستفاد من الأحاديث:

يستفاد من هذه الأحاديث إباحة بيع العرايا وأنه رخصة مستثنى من تحريم بيع المزابنة، والربا. كما يستفاد منها أن بيع العرايا لا يجوز في أكثر من خمسة أوسق؛ حملاً للأحاديث المطلقة على الحديث المقيد، وهو حديث أبي هريرة، فقد ورد فيه أن الرخصة في خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق فأخذنا بالأكثر، لأن في الأخذ به تمشياً مع مبني الرخصة وهو التيسير.

ويستفاد منها أيضاً أنه لا بد من خرص الثمر على رؤوس النخل، وأن يكون

---

(١) المحلى ٨: ٤٦٢، وفيه: «فيصعب عليهم القيام عليها» بدل «فلا يستطيعون...».

(٢) أورد البخاري هذه الجملة على أنها تفسير للعرايا، وهي كما قال الكرماني: لا تصلح تفسيراً لأنها صادقة على كل ما يباع في الدنيا من النخلات بأي غرض كان. عمدة القاري ١١: ٣٠٧، وقال ابن حزم: لا بيان فيه.

(٣) صحيح البخاري ٣: ٧٦، والمحلى ٨: ٤٦٢.

(٤) سنن أبي داود ٣: ٣٤٣، تحقيق محمد محيي الدين، والمحلى ٨: ٤٦٢ وفيه «النخلتين» بدل «الاثنتين»، و «فيبيعهما بمثل خرصهما تمراً» بدل «فيبيعها بتمر».

البيع بمثله كيلاً، سواء كان هذا المثل تمراً أو رطباً، أخذاً بحديث زيد بن ثابت، ولأنه إذا جاز البيع بالتمر جاز بالرطب من باب أولى؛ لأن البيع بالرطب أخف غرراً من البيع بالتمر.

ولا يجوز أن تباع بالتمر أو الرطب جزافاً؛ لأن هذا يترتب عليه ترك الكيل في العوضين فيكثر الغرر، وقد كان الأصل أن يكون الكيل من الطرفين، ولكن ترك في أحدهما لتعذره، فيبقى في الآخر على الأصل.

كما يستفاد منها أن صاحب العرية ــ الموهوب له ــ له أن يبيعها لمن يشاء، لمن يأكلها رطباً ولغيره عملاً بجميع الأحاديث، وذلك لأن بعض الأحاديث جاء فيها «يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطباً» وبعضها لم ترد فيه، وبعضها جاءت فيه الرخصة في بيع العرية بالرطب، ومن عنده الرطب لا يحتاج إلى شراء الرطب لأكله.

ثم إن في هذا مصلحة لصاحب العرية، وهو من المساكين غالباً، والظاهر أن الرخصة جاءت من أجله.

والخلاصة: أن بيع العرية المرخص فيه هو: أن يبيع صاحب العرية، أي الموهوب له، ثمر عريته وهو على نخلته بخرصه تمراً أو رطباً، على ألا يزيد على خمسة أوسق، يبيعه لمن يشاء، لمن يأكله رطباً ولغيره.

العرية عند فقاء المذاهب وتفسيرها:

اختلف الفقهاء في تفسير العرايا المرخص فيها: فقال أبو حنيفة: العرية عندنا أن يعري الرجل الرجل ثمر نخلة من نخله، فلم يسلم ذلك إليه، ثم يبدو له ألا يمكنه من ذلك، فيعطيه مكانه خرصه تمراً، فيخرج بذلك عن إخلاف الوعد.

فالعرية عند الحنفية عطية وهبة، وليست بيعاً، وإنما سميت بيعاً لتصورها

بصورة البيع لا أنها بيع حقيقة[1] وبيع العرية عندهم ليس مستثنى من بيع الثمر بالتمر وإنما هما حكمان مختلفان، ومعنى كونه رخصة أن الرجل إذا أعرى الرجل شيئاً من ثمره فقد وعد أن يسلمه إليه ليملكه المسلم إليه بقبضه إياه، وعلى الرجل أن يفي بوعده ديانة، وإن كان لا يؤخذ به قضاء، فرخص للمعري أن يحبس ما أعرى بأن يعطي المعري خرصه تمراً بدلاً منه من غير أن يكون آثماً ولا مخلفاً لوعده، فهذا موضع الرخصة عندهم[2].

وقال مالك كما رواه البخاري: العرية أن يعري الرجل الرجل النخلة ثم يتأذى بدخوله عليه، فرخص له أن يشتريها منه بتمر[3].

وروى الطحاوي من طريق ابن نافع عن مالك: أن العرية النخلة للرجل في حائط غيره، وكانت العادة أنهم يخرجون بأهلهم في وقت الثمار إلى البساتين، فيكره صاحب النخل الكثير دخول الآخر عليه فيقول: أنا أعطيك بخرص نخلتك تمراً فرخص له في ذلك[4] وهو لا يختلف في جوهره عما في البخاري.

وقال ابن القاسم قال مالك: العرايا في النخل وفي جميع الثمار كلها مما ييبس ويدخر مثل العنب والتين والجوز واللوز... يهب ثمرتها صاحبها لرجل، ثم

---

(١) ويحتجون لرأيهم بأن زيد بن ثابت أخبر أنها هبة، فقد قال: «رخص في العرايا في النخلة والنخلتين توهبان للرجل فيبيعهما بخرصهما تمراً. رواه الطحاوي والطبراني في الكبير. وهذا استدلال غريب، فإن كونها هبة في الأصل لا يمنع من أن يبيعها الموهوب له، فتصير بيعاً، وقد صرح حديثهم الذي استدلوا به بهذا، كما يحتجون بأن الموهوب لم يصر ملكاً للموهوب له لأنه متصل بملك الواهب، فما يعطيه الواهب من التمر لا يكون عوضاً، بل هبة مبتدأة، وهذا إنما يتأتى على تفسيرهم للعرية وتكييفهم للهبة.

(٢) عمدة القاري ١١: ٢٩٢ و ٢٩٩ و ٣٠٢، وفتح القدير ٥: ١٩٥ ــ ١٩٦، ط الأميرية.

(٣) صحيح البخاري ٣: ٧٦.

(٤) عمدة القاري ١١: ٣٠٥، وقريب منه ما في المحلى ٨: ٤٦٢.

يبدو لصاحبها الذي أعراها أن يبتاعها من الذي أعريها والثمر في رؤوس النخل..[1].

وهذا يختلف عن تعريفيه السابقين في أنه جعل العرية شاملة لكل ما ييبس ويدخر ثمره نخلاً وغيره.

وقال الشافعي: العرية التي رخص رسول الله ﷺ في بيعها أن قوماً شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يحضر وليس عندهم ما يشترون به من ذهب ولا ورق، وعندهم فضول تمر من قوت سنتهم فرخص لهم رسول الله ﷺ أن يشتروا العرية بخرصها تمراً يأكلونها رطباً[2].

وقال النووي: العرايا هي: أن يخرص الخارص نخلات فيقول: هذا الرطب الذي عليها إذا يبس يجيء منه ثلاثة أوسق من التمر مثلاً فيبيعه صاحبه لإنسان بثلاثة أوسق ويتقابضان في المجلس، فيسلم المشتري التمر ويسلم بائع الرطب الرطب بالتخلية[3].

وقال الخرقي: العرايا هي أن يوهب للإنسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق، فيبيعها بخرصها. من التمر لمن يأكلها رطباً[4].

(١) المدونة ١٠: ٩٠، وانظر الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ١٧٨.

(٢) الأم ٣: ٤٩، والمحلى ٨: ٤٦٢، قال الشافعي: والعرايا ثلاثة أصناف: هذا الذي وصفنا أحدها، والصنف الثاني: أن يخص رب الحائط القوم فيعطي الرجل ثمر النخلة وثمر النخلتين وأكثر عرية يأكلها، وهذه في معنى المنحة من الغنم، ويمنح الرجل الشاة أو الشاتين أو أكثر ليشرب لبنها وينتفع به، والصنف الثالث من العرايا أن يعري الرجل النخلة أو أكثر من حائطه ليأكل ثمرها ويهديه ويتمره ويفعل فيه ما أحب، ويبيع ما بقي من تمر حائطه، فتكون هذه مفردة من المبيع منه جملة. الأم ٣: ٤٨.

(٣) النووي على مسلم ١: ١٨٩.

(٤) مختصر الخرقي مع المغني ٤: ٥٦.

وقال ابن حزم: العرايا أن يأتي أوان الرطب ويكون قوم يريدون ابتياع الرطب للأكل، فأبيح لهم أن يبتاعوا رطباً في رؤوس النخل بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق...[1].

حكم بيع العرايا:

اتفق أكثر أهل العلم على إباحة بيع العرايا في الجملة؛ عملاً بحديث الرخصة فيه، منهم المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، وأهل المدينة، وأهل الشام، والأوزاعي، وإسحاق، وابن المنذر[2].

وقال الحنفية: لا يحل بيعها؛ لأنه من المزابنة المنهي عنها، والعرية المرخص فيها إنما هي على التأويل الذي ذكروه[3].

والحق مع الجمهور؛ لاتفاق رأيهم مع الأحاديث، ولأن في تأويل الحنفية لمعنى العرية بعداً.

شروط صحة بيع العرايا:

اشترط الفقهاء الذين جوزوا بيع العرايا شروطاً عدة لصحة بيعها نذكر منها ما يلي:

١ ـ أن تكون في ثمر النخل، وهذا شرط عند الحنابلة والظاهرية، فقد قالوا: العرية خاصة بالنخل فلا تصح في غيره[4]، لأن الأحاديث خصصتها

(١) المحلى ٨: ٤٥٩.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٤: ٢٢٦، والمدونة ١٠: ٩٠ ـ ١٠١، والأم ٣: ٦ ـ ٤٩، والنووي على مسلم ١٠: ١٨٩، والمغني ٤: ٥٦، والمحلى ٨: ٤٥٩.

(٣) عمدة القاري ١١: ٢٩٩ و ٣٠٢، وفتح القدير ٥: ١٩٥، ط الأميرية، وانظر أيضاً المغني ٤: ٧٥٧، وانظر ص٢٤٤ .

(٤) المغني ٤: ٦٣. قال ابن قدامة: وهو قول الليث بن سعد، إلا أن يكون مما ثمرته لا يجري فيها الربا. المحلى ٨: ٤٦٥.

بالتمر، ولا يصح قياس غير ثمر النخيل على ثمر النخيل لوجهين:

(أ) أن غيره لا يساويه في كثرة الاقتيات به وسهولة خرصه، وكون الرخصة في الأصل لأهل المدينة، وإنما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره

(ب) أن هذا القياس يخالف النص؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب بالزبيب وعن بيع كل ثمر بخرصه، ولا يجوز تخصيص هذا النص العام بالقياس؛ لأن التخصيص بالقياس إنما يجوز على المحل المخصوص، وهذا النص لم يدخله تخصيص[١]

وقال الشافعي: تجوز في الرطب والعنب دون غيرهما، وهي رواية عن مالك؛ لأن العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيهما، وجواز خرصهما وتوسيقهما، وكثرة تيبيسهما، واقتياتهما في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبهما، والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم في مثله، ولا يجوز في غيرهما؛ للاختلاف في أكثر هذه المعاني[٢]

وقال مالك في رواية عنه: يجوز في كل ما ييبس ويدخر من الثمار كالجوز واللوز والتين قياساً على ثمرة النخل، وهو ما في المدونة[٣]، وقال ابن حبيب: يجوز في كل نوع من الثمرة، كانت مما ييبس ويدخر أو مما لا ييبس ويدخر، كما يجوز في القثاء والموز والبطيخ[٤]

٢ ــ أن تزهى، وهذا شرط عند جمهور الفقهاء؛ للنهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وقال يزيد بن أبي حبيب: تجوز قبل الإزهاء وبعده لعام أو أعوام؛

(١) المغني ٤: ٦٤.

(٢) النووي على مسلم ١٠: ١٨٩، والمغني ٤: ٦٤

(٣) انظر ص٢٤٥.

(٤) المنتقى على الموطأ ٤: ٢٢٦ و ٢٢٩، والشرح الكبير للدردير ٣: ١٧٨.

لأن ذلك من الهبة والصدقة فلا تبطله الجهالة والغرر[١]، ولا وجه لما قاله ابن حبيب؛ لأن الظاهر أن العرية عندما تباع يجب أن تأخذ حكم البيع إلا فيما استثنى

٣ ــ ألا تزيد على خمسة أوسق، وهذا باتفاق[٢]، واختلفوا في الخمسة فأجازه المالكية، ومنعه الحنابلة، والظاهرية، وللشافعي قولان: أصحهما عدم الجواز[٣]، والقول بالجواز أولى لما بينا[٤]

٤ ــ أن تباع بخرصها من التمر، لا أقل ولا أكثر، وأن يكون التمر معلوماً بالكيل فلا يجوز جزافاً[٥]، أما بيعها بخرصها من الرطب فاختلف الفقهاء فيه، فمنهم من أجازه، ومنهم من منعه[٦]، وقد رجحنا الجواز[٧]

٥ ــ أن يحصل التقابض في المجلس، قال ابن قدامة: ولا نعلم فيه

(١) المنتقى على الموطأ ٤: ٢٢٦ و ٢٢٨، والشرح الكبير للدردير ٣: ١٧٨، والمدونة ١٠: ٩٢.

(٢) قال المالكية: إذا كانت العرية أكثر من خمسة أوسق وأراد المعري شراءها بتمامها فإنه لا يجوز بناء على أن علة الرخصة المعروف، أما على أنها دفع الضرر فإنه يجوز. الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ١٧٨.

(٣) المغني ٤: ٥٧، وانظر دليل كل فريق. وانظر فيه أيضاً اختلاف الفقهاء في جواز شراء أكثر من خمسة أوسق في صفقات متعددة. المنتقى على الموطأ ٤: ٢٣٠، والمحلى ٨: ٤٥٩ و ٤٦٤، والنووي على مسلم ١٠: ٨٩، والأم ٣: ٤٧.

(٤) انظر ص٢٤٤.

(٥) المغني ٤: ٦٠. قال ابن قدامة: لا نعلم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافاً، والشرح الكبير للدردير ٣: ١٧٨، والمحلى ٨: ٤٥٩، والنووي على مسلم ١٠: ١٨٩.

(٦) المغني ٤: ٦١.

(٧) انظر ص٢٤٤.

مخالفاً[1] قلت: خالف فيه المالكية، فالأصل في العرية عندهم، أن يعطيه التمر عند الجداد، ولا يجوز عندهم اشتراط تعجيله ولكن لا يضر التعجيل من غير شرط، كما يشترط عند المالكية أن يكون التمر في ذمة المعري، لا في حائط بعينه، فإن كان في حائط معين فسد البيع على المعتمد[2].

٦ ـ أن تكون العرية موهوبة لبائعها، وهذا شرط عند الحنابلة كما في متن الخرقي، وهو قول مالك؛ لأن العرية في اللغة هبة ثمرة النخيل عاماً.

وقال ابن قدامة: ظاهر كلام أصحابنا أنه غير شرط؛ لحديث زيد بن ثابت[3] وهذا الشرط متفق مع ما مشينا عليه في تفسير العرية.

٧ ـ أن تباع العرية للمعري، أو من يقوم مقامه.

وهذا شرط عند المالكية فلا يجوز عندهم بيعها لأجنبي[4] وهو متمش مع تفسيرهم للعرية، ولكن الأحاديث تدل على عدم اشتراطه، كما بينا.

٨ ـ حاجة المشتري إلى أكل الرطب، وهذا شرط عند الحنابلة، فلا يجوز بيعها عندهم إلا لمحتاج إلى أكلها رطباً، ولا يجوز بيعها لغني؛ لحديث زيد بن ثابت حين سأله محمودبن لبيد: ما عراياكم هذه؟ فسمي رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب يأتي، ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً

(١) المغني ٤: ٦١، والمحلى ٨: ٤٥٩، والأم ٣: ٤٧.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٤: ٢٢٨، والشرح الكبير للدردير ٣: ١٧٨، قال ابن حزم: هذا هو الربا جهاراً، ثم إلى أجل مجهول، ولا نعلم هذا عن أحد قبل مالك. المحلى ٨: ٤٦٤، والمالكية يرون أن بيع العرية رخصة مستثناة من ربا الفضل والنساء، وفي بيعها إلى الجداد رفق من صاحب الحائط على صاحب العرية، وبيع العرايا عندهم جار على وجه المعروف لا المكايسة.

(٣) المغني ٤: ٥٩، والدسوقي على الشرح الكبير ٣: ١٧٨

(٤) المنتقى ٤: ٢٢٩، وانظر المدونة ١٠: ٩٢ ـ ٩٣

يأكلونه، وعندهم فضول من التمر، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطباً[1].

وهو شرط عند الشافعي في أحد قوليه، وقال في قوله الآخر، وهو الأصح: ليس بشرط، لأن حديث أبي هريرة، وسهل مطلقان، ولأن كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني[2].

٩ ـ أن يأكلها أهلها رطباً. وهذا شرط لبقاء العقد عند الحنابلة، فإن تركها في النخلة حتى صارت تمراً بطل العقد لقوله ﷺ: «يأكلها أهلها رطباً»؛ لأن شراءها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب، فإذا أتمرت تبينا عدم الحاجة فيبطل العقد[3].

وهذا الشرط متفرع عما قبله، وقد مشينا على عدم اشتراط هذين الشرطين لما بيناه سابقاً[4].

٣ ـ المحاقلة[5]

النصوص:

الأحاديث الخاصة بالمحاقلة وردت كلها مع أحاديث

(١) المغني ٤: ٦٢، قال ابن حزم: هذا حديث لا يدري أحد منشأه ولا مبدأه ولا طريقه، ذكره الشافعي من غير إسناد. المحلى ٨: ٤٦٣، والحديث رواه الشافعي هكذا: وقيل لمحمود بن لبيد أو قال محمود بن لبيد لرجل من أصحاب النبي ﷺ إما زيد بن ثابت وإما غيره... الأم ٣: ٤٧، وهو في المغنى كما أثبتناه في الأصل.

(٢) النووي على مسلم ١٠: ١٨٩.

(٣) المغنى ٤: ٦٣.

(٤) انظر ص٢٤٤.

(٥) المحاقلة مأخوذة من الحقل، وهو موضع الزرع، والزرع قد تشعب ورقه وظهر، أو ما دام أخضر. لسان العرب والقاموس المحيط.

المزابنة[1] ما عدا حديثاً واحداً نذكره فيما يلي:

١ ـ عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليها كذا وكذا، لشيء معلوم»، قال: وقال ابن عباس: هو الحقل، وهو بلسان الأنصار المحاقلة[2].

تفسير المحاقلة الوارد في الأحاديث:[3]

١ ـ المحاقلة: بيع الزرع القائم بالحب كيلا. هذا تفسير جابر[4]

٢ ـ المحاقلة: أن يباع الحقل بكيل من الطعام معلوم. ورد هذا التفسير في حديث جابر عند مسلم[5].

٣ ـ المحاقلة: بيع الزرع بالحنطة[6]، هذا تفسير الترمذي.

هذه التفاسير الثلاثة متفقة في أن المحاقلة من البيع وأن المبيع الزرع، غير أنها مختلفة في بيان الثمن، فهو في التفسير الأول الحب كيلاً، وفي الفسير الثاني الطعام كيلاً، وفي التفسير الثالث الحنطة من غير تقييد بالكيل. والتفسيران الأولان مطابقان لتفسير المزابنة الوارد في حديث ابن عمر[7].

---

(١) انظر المزابنة الحديث رقم (١ ـ ٨) و (١٠ ـ ١١).

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٠: ٢٠٨.

(٣) التفاسير التي لم ينص على قائلها يحتمل أن تكون عن الرسول ﷺ، ويحتمل أن تكون من الراوي.

(٤) الحديث رقم (٣) (المزابنة)، وانظر الحديث رقم (٨).

(٥) انظر الحديث رقم (٤) (المزابنة).

(٦) الجامع الصحيح ٣: ٥٢٧.

(٧) انظر ص٢٣٥ ، وقريب من هذه التفاسير ما فسرها به الحنفية والشافعية والشيعة، قال العيني: المحاقلة هي بيع الحنطة في سنبلها بحنطة صافية، عمدة القاري ١١: ٢٩٨، وقال النووي: المحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بكيل معلوم من الحنطة، المجموع شرح المهذب

٤ ـ المحاقلة كراء الأرض بالحنطة . ورد هذا التفسير في حديث أبي سعيد عند مالك[1].

٥ ـ المحاقلة: أخذ شيء معلوم على الأرض. هذا تفسير ابن عباس[2].

٦ ـ الحقول: كراء الأرض. هذا تفسير جابر[3].

وهذه التفاسير الثلاثة تختلف عن الثلاثة الأولى في أنها اتفقت على أن المحاقلة من الكراء للأرض، غير أنها مختلفة في تعيين الأجرة، فهي في التفسير الرابع الحنطة، وفي التفسير الخامس شيء معلوم من غير بيان لنوعها، أما التفسير السادس، فترك الأجرة من غير بيان.

٧ ـ المحاقلة: شراء الزرع بالحنطة، واستكراء الأرض بالحنطة، وورد هذا التفسير في حديث سعيد بن المسيب[4]، وهو جامع لأكثر التفاسير السابقة.

هذا ولا خلاف في منع المحاقلة على تفسيرها بالبيع، وقد مضى في المزابنة[5]، أما على تفسيرها بالكراء ففيها خلاف يأتي بيانه، إن شاء الله عند الكلام عن الإجارة.

٩: ٣٠٩، ونسب النووي هذا التفسير للعلماء. وقال المرتضى: المحاقلة هي بيع الحب في سنبله بحب مثله. البحر الزخار ٣: ٢٩٥.

(١) انظر الحديث رقم (١) (المزابنة).

(٢) الحديث رقم (١) (المحاقلة).

(٣) الحديث رقم (٨) (المزابنة)، ويلاحظ أن جابراً فسر المحاقلة مرة بالكراء ومرة بالبيع. انظر التفسير رقم (١).

(٤) الحديث رقم (١٠) (المزابنة).

(٥) انظر ص ٢٣٥ و٢٣٨.

٤ ــ الجــــزاف[1]

النصــوص:

١ ــ عن ابن عمر قال: كانوا يتبايعون الطعام جزافاً بأعلى السوق، فنهاهم رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى ينقلوه[2].

٢ ــ عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصبرة من التمر، لا يعلم كيلها[3] بالكيل المسمى من التمر[4].

يستفاد من الحديث الأول جواز بيع الطعام جزافاً؛ لأن الرسول ﷺ أقر الصحابة عليه، وإنما نهاهم أن يبيعوا ما اشتروه جزافاً في مكانه الذي اشتروه فيه،

(١) الجزاف بتثليث الجيم، والكسر أفصح وأشهر، فارسي معرب كزاف.

(٢) رواه الجماعة إلا الترمذي وابن ماجه منتقى الأخبار ٥ : ٢٥٦. والحديث في البخاري بلفظ: عن سالم عن أبيه رضي الله عنه قال: رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يضربون على عهد رسول الله ﷺأن يبيعوه حتى يؤوه إلى رحالهم. صحيح البخاري ٣ : ٦٨. وفي مسلم بلفظ: سالم بن عبد الله أن أباه قال: قد رأيت الناس في عهد رسول الله ﷺ إذا ابتاعوا الطعام جزافاً يضربون في أن يبيعوه في مكانهم، وذلك حتى يؤوه إلى رحالهم، قال ابن شهاب: وحدثني عبيد الله بن عبد الله بن عمر: أن أباه كان يشتري الطعام جزافاً فيحمله إلى أهله. وفي رواية لمسلم: عن سالم عن ابن عمر أنهم كانوا يضربون على عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعوه في مكانه حتى يحولوه. وفي رواية ثالثة له: عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه، قال: وكنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله من مكانه. صحيح مسلم ١٠ : ١٧٠.

(٣) في مسلم: «مكيلتها».

(٤) رواه مسلم والنسائي، وروى هـذا الحـديث عن جـابر أيضاً من غير ذكر «من التمر» في آخر الحـديث. منتقى الأخبار ٥ : ٣٠٤، وصحيح مسلم ١٠ : ١٧٢، وسنن النسائي ٧ : ٢٦٩.

فالحديث يستفاد منه أيضاً عدم جواز بيع الطعام الذي اشترى جزافاً قبل نقله من مكانه.

ويستفاد من الحديث الثاني جواز بيع التمر جزافاً، غير أنه يمنع بيعه بكيل مسمى من التمر.

معنى الجزاف:

في اللغة: قال في القاموس: المجازفة الحدس في البيع والشراء. وفي لسان العرب: الجزف الأخذ بكثرة، وجزف له في الكيل أكثر، والجزف والجزاف المجهول القدر، مكيلاً كان أو موزوناً.

في اصطلاح الفقهاء: أما بيع الجزاف في اصطلاح الفقهاء:

فقال العيني والنووي: هو البيع بلا كيل ولا وزن ولا تقدير[1]، وقال الدسوقي: هو بيع الشيء بلا كيل ولا وزن ولا عدد[2]، وقال الشوكاني: هو بيع ما لم يعلم قدره على التفصيل[3]، وهذه التعريفات معناها واحد، وتعريف الشوكاني أخصرها وأجمعها.

حكم بيع الجزاف:

بيع الجزاف جائز عند جمهور الفقهاء[4] بشروط نذكرها فيما بعد، وقال

(١) عمدة القاري ١١ : ٢٥٠، والنووي على مسلم ١٠ : ١٦٩.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ١٧.

(٣) نيل الأوطار ٥ : ٢٥٩.

(٤) فتح القدير ٥ : ٨٦، فلو رأي المشتري صبرة من الحبوب واشتراها من غير كيل ولا وزن، فالبيع صحيح لازم، ويعلل الحنفية الجواز بأن جهالة المقدار هنا لا تمنع التسليم والتسلم فأشبهت جهالة القيمة للمبيع بعد رؤيته، فإنه لو اشترى شخص من آخر ما يساوي مائة درهم بدرهم واحد، والبائع لا يعلم قيمة ما باع لزم البيع والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٠، ط مصطفى محمد. والأصل عند المالكية منع بيع الجزاف، ولكنه جوز استثناء من

الشيعة الإمامية: لا يجوز بيع المكيل والموزون والمعدود جزافاً[1]

فبيع الصبرة باطل عندهم، إذا جهلها البائع والمشتري وقت العقد، أو جهلها أحدهما، ولو كانت مشاهدة لهما، ولو كالاها بعد ذلك، فقد جاء في مفتاح الكرامة: «قال في الخلاف ما يباع كيلا: لا يصح بيعه جزافاً وإن شوهد إجماعاً» ولكن يظهر أن الإجماع غير مسلم به، فقد قال في مفتاح الكرامة أيضاً: «ذهب إلى هذا علماؤنا أجمع إلا ابن الجنيد».

وقال في موضع آخر: «وفي بيع المبسوط: إذا قال: بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم صح البيع؛ لأن الصبرة مشاهدة، ومشاهدة المبيع تغني عن معرفة مقداره، وقد روى أن ما يباع كيلا لا يباع جزافاً وهو الأقوى عندي».

ويفهم من كلام العاملي أن القول بالجواز جاء من المتأخرين، قال: «وأول من فتح باب الشك في ذلك ممن تأخر المولى الأردبيلي، وتبعه الفاضل الخراساني، والمحدث البحراني»[2]. ولا وجه لمنع بيع الجزاف بعد ورود الحديث الصحيح بجوازه، ولا سيما مع توافر الشروط الآتية:

شروط صحة بيع الجزاف:

اشترط الفقهاء لصحة بيع الجزاف شروطاً تخفف من الغرر، وسنذكر هذه

قاعدة المجهول فيما شق علمه من المعدود أو قل جهله من المكيل والموزون. والمهذب للشيرازي ١: ٢٦٥، ويعلل الشافعية الجواز بأن غرر الجهالة ينتفي بالمشاهدة، ولكن مع هذا، فالأصح عندهم أنه مكروه، لما فيه من الغرر، قال الشافعي: وأكره بيع الصبرة جزافاً لأنه يجهل قدرها على الحقيقة، والمغنى ٤: ١٢٣، قال ابن قدامة: يجوز بيع الصبرة جزافاً لا نعلم فيه خلافاً إذا جهل البائع والمشتري قدرها. والبحر الزخار ٣: ٣٢٠، ويعلل الجواز بأن الغرر ينتفي بالمشاهدة.

(١) المختصر النافع ٤٣، والروضة البهية ١: ٢٨٥.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٢٢٤.

الشروط على أساس مذهب المالكية؛ لأنه أكثر المذاهب تفصيلاً في هذا الموضوع، ونشير في أثناء ذلك إلى آراء سائر الفقهاء:

١ ــ أن يكون المبيع مرئياً، فالغائب الذي لم تتقدم رؤيته، والثابت في الذمة لا يصح بيعه جزافاً. فقد روى أشهب وابن نافع عن مالك: لا يجوز أن تباع الدار الغائبة على الصفة إلا مذارعة، وقال سحنون مثله؛ وذلك لأن العلم بمقدار الجزاف إنما يكون بالحزر وهو لا يتأتى إلا بالنظر[1].

هل تكفي الرؤية المتقدمة؟

الرؤية المتقدمة على العقد لا تكفي على ما في المدونة وهي رواية ابن القاسم عن مالك، فالشرط في صحة بيع الجزاف أن يكون حاضراً حين العقد ومرئياً، لكن يستثنى من ذلك الزرع القائم، والثمار في رؤوس الشجر فقد اغتفر فيهما عدم الحضور إن تقدمت الرؤية.

وعلى ما اختاره ابن رشد، وهو قول ابن حبيب لا يشترط في الجزاف أن يكون حاضراً في مجلس العقد مطلقاً، سواء كان زرعاً قائماً أو صبرة طعام أو غيرهما، وإنما تشترط فيه الرؤية بالبصر، سواء كانت مقارنة للعقد أو سابقة عليه، فعلى هذا تكفي الرؤية المتقدمة، لكن بشرط أن يستمر كل من البائع والمشتري على معرفة المبيع إلى وقت العقد، وهذا الرأي هو ما مشى عليه الدردير في شرح خليل[2].

وهو أولى بالقبول؛ لأنه ما دام العلم حاصلاً فلا معنى لاشتراط حضور المبيع.

---

(١) المنتقى ٥: ٨.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣: ٢٠.

الشيعة الإمامية: لا يجوز بيع المكيل والموزون والمعدود جزافاً[1].

فبيع الصبرة باطل عندهم، إذا جهلها البائع والمشتري وقت العقد، أو جهلها أحدهما، ولو كانت مشاهدة لهما، ولو كالاها بعد ذلك، فقد جاء في مفتاح الكرامة: «قال في الخلاف ما يباع كيلا: لا يصح بيعه جزافاً وإن شوهد إجماعاً» ولكن يظهر أن الإجماع غير مسلم به، فقد قال في مفتاح الكرامة أيضاً: «ذهب إلى هذا علماؤنا أجمع إلا ابن الجنيد».

وقال في موضع آخر: «وفي بيع المبسوط: إذا قال: بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم صح البيع؛ لأن الصبرة مشاهدة، ومشاهدة المبيع تغني عن معرفة مقداره، وقد روى أن ما يباع كيلا لا يباع جزافاً وهو الأقوى عندي».

ويفهم من كلام العاملي أن القول بالجواز جاء من المتأخرين، قال: «وأول من فتح باب الشك في ذلك ممن تأخر المولى الأردبيلي، وتبعه الفاضل الخراساني، والمحدث البحراني»[2]. ولا وجه لمنع بيع الجزاف بعد ورود الحديث الصحيح بجوازه، ولا سيما مع توافر الشروط الآتية:

شروط صحة بيع الجزاف:

اشترط الفقهاء لصحة بيع الجزاف شروطاً تخفف من الغرر، وسنذكر هذه

قاعدة المجهول فيما شق علمه من المعدود أو قل جهله من المكيل والموزون. والمهذب للشيرازي ١: ٢٦٥، ويعلل الشافعية الجواز بأن غرر الجهالة ينتفي بالمشاهدة، ولكن مع هذا، فالأصح عندهم أنه مكروه، لما فيه من الغرر، قال الشافعي: وأكره بيع الصبرة جزافاً لأنه يجهل قدرها على الحقيقة، والمغنى ٤: ١٢٣، قال ابن قدامة: يجوز بيع الصبرة جزافاً لا نعلم فيه خلافاً إذا جهل البائع والمشتري قدرها. والبحر الزخار ٣: ٣٢٠، ويعلل الجواز بأن الغرر ينتفي بالمشاهدة.

(١) المختصر النافع ٤٣، والروضة البهية ١: ٢٨٥.

(٢) مفتاح الكرامة ٤: ٢٢٤.

الشروط على أساس مذهب المالكية؛ لأنه أكثر المذاهب تفصيلاً في هذا الموضوع، ونشير في أثناء ذلك إلى آراء سائر الفقهاء:

١ ـــ أن يكون المبيع مرئياً، فالغائب الذي لم تتقدم رؤيته، والثابت في الذمة لا يصح بيعه جزافاً. فقد روى أشهب وابن نافع عن مالك: لا يجوز أن تباع الدار الغائبة على الصفة إلا مذارعة، وقال سحنون مثله؛ وذلك لأن العلم بمقدار الجزاف إنما يكون بالحزر وهو لا يتأتى إلا بالنظر[1].

هل تكفي الرؤية المتقدمة؟

الرؤية المتقدمة على العقد لا تكفي على ما في المدونة وهي رواية ابن القاسم عن مالك، فالشرط في صحة بيع الجزاف أن يكون حاضراً حين العقد ومرئياً، لكن يستثنى من ذلك الزرع القائم، والثمار في رؤوس الشجر فقد اغتفر فيهما عدم الحضور إن تقدمت الرؤية.

وعلى ما اختاره ابن رشد، وهو قول ابن حبيب لا يشترط في الجزاف أن يكون حاضراً في مجلس العقد مطلقاً، سواء كان زرعاً قائماً أو صبرة طعام أو غيرهما، وإنما تشترط فيه الرؤية بالبصر، سواء كانت مقارنة للعقد أو سابقة عليه، فعلى هذا تكفي الرؤية المتقدمة، لكن بشرط أن يستمر كل من البائع والمشتري على معرفة المبيع إلى وقت العقد، وهذا الرأي هو ما مشى عليه الدردير في شرح خليل[2].

وهو أولى بالقبول؛ لأنه ما دام العلم حاصلاً فلا معنى لاشتراط حضور المبيع.

---

(١) المنتقى ٥: ٨.

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣: ٢٠.

حالة تغتفر فيها عدم الرؤية:

لا تشترط الرؤية إذا كان يترتب عليها فساد المبيع كقلال الخل المختومة التي يفسدها الفتح، فإنها يجوز بيعها من غير رؤية إذا كانت مملوءة أو علم المشتري قدر نقصها؛ ولو من البائع، ووصف ما فيها من الخل[١].

رؤية بعض المبيع:

تكفي رؤية بعض المبيع المتصل به كمغيب الأصل، وتكفي في الصبرة رؤية ما ظهر منها

رؤية الإناء فارغاً لا تكفي:

ولا تكفي رؤية الإناء الفارغ على أن يملأ بكذا، كأن يقول: اشتريت منك ملء هذه القفة قمحاً بكذا، لأن المبيع غير مرئي، والقفة ليست مكيالاً معلوماً، لكن إذا تعارف الناس على ذلك كما في سلة[٢] التين والعنب وقربة الماء ونحوها مما جرى العرف بأن ضمانه من بائعه إذا تلف قبل تفريغه، فيجوز شراء ملئه فارغاً؛ لأن الإناء في هذه الحالة يصبح كالمكيال المعلوم[٣].

بيع الجزاف من الأعمى لا يجوز:

وينبني على هذا الشرط أن الأعمى لا يجوز أن يبيع أو يشتري جزافاً؛ لأنه يعتمد في بيعه وشرائه على الوصف، وهو لا يكفي في بيع الجزاف[٤].

ورؤية المبيع جزافاً شرط عند الحنفية أيضاً: ففي الزيلعي: وشرط جواز الجزاف أن يكون مميزاً مشاراً إليه[٥].

---

(١) الشرح الكبير ٣: ٢٠.

(٢) السلة بالفتح الإناء الذي يوضح فيه الزبيب والتين ونحوهما.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٢١.

(٤) المصدر السابق ٣: ٢٤.

(٥) الزيلعي ٤: ٥، وفتح القدير ٥: ٧٦.

وهي شرط كذلك عند الشافعية[١] والحنابلة[٢].

٢ ـ ألا يكون البائع عالماً بمقدار المبيع، والمشتري يجهله. هكذا ذكر ابن رشد هذا الشرط ثم قال: «المزابنة المنهي عنها هي عند مالك من هذا الباب[٣]».

وذكر ابن جزي هذا الشرط بالصيغة الآتية: «أن يستوي البائع والمشتري في العلم بمقداره وفي الجهل به»[٤].

والفرق بين التعبيرين يظهر فيما لو كان المشتري يعلم بمقدار المبيع، والبائع يجهله، فعلى ظاهر ما في بداية المجتهد يجوز البيع جزافاً. وعلى ما في القوانين الفقهية لا يجوز، وما في الموطأ يؤيد ما في بداية المجتهد، قال مالك: «ومن صبر صبرة من طعام، وقد علم كيلها ثم باعها جزافاً وكتم على المشتري كيلها، فإن ذلك لا يصلح، فإن أحب المشتري أن يرد ذلك الطعام على البائع رده بما كتمه كيله وغره، وكذلك كل ما علم البائع كيله وعدده من الطعام وغيره، ثم باعه جزافاً، ولم يعلم المشتري بذلك، فإن المشتري إن أحب أن يرد ذلك على البائع رده، ولم يزل أهل العلم ينهون عن ذلك»[٥].

وهذا النص يدل على أن فقدان هذا الشرط لا يبطل العقد، وإنما يجعل للمشتري الحق في رد البيع فهو شرط لزوم وليس شرط صحة

---

(١) المهذب ١: ٢٦٥.

(٢) المغنى ٤: ١٢٣.

(٣) بداية المجتهد ٢: ١٥٩.

(٤) القوانين الفقهية ص ٢٣٩.

(٥) الموطأ ٥: ٨، وانظر كلمة: «وعدده» مع ما يأتي في قول مالك من أن الجزاف لا يكون فيما يعد عداً.

وأورد الباجي هذا الشرط بصيغة تختلف عن الصيغتين المتقدمتين وهي: ألا يعلم المتبايعان أن أحدهما ينفرد بمعرفة مقداره[1].

ومعنى هذا أنه لو أعلم العالم منهما الجاهل بأنه يعلم مقدار المبيع، ولكنه لم يطلعه عليه، وعقدا البيع جزافاً، فإن العقد لا يصح في هذه الحالة، أما إذا لم يعلمه فإن البيع يكون صحيحاً غير لازم.

قال الباجي: «فإن انفرد أحدهما بمعرفته دون الآخر، وعقد البيع على ذلك فقد دخل الغرر[2]، فلا يجوز هذا العقد رواه القعنبي عن مالك»، واستدل الباجي لهذا بحديث النهي عن بيع الغرر، وبأنه باع جزافاً ما يعلم قدر كيله على الانفراد بعلمه فلم يجز، كما لو قال له: أبيعك ملء هذه الغرارة، وهو يعلم كيلها.

وفقدان هذا الشرط يترتب عليه فساد العقد، فقد روى ابن حبيب عن مالك أنه قال: يفسخ العقد في هذه الحالة[3].

وقد رأينا أن البائع لو كان يعلم مقدار المبيع وكتم ذلك عن المشتري، فإن العقد يكون غير لازم، وقد فرق الباجي بين الصورتين على النحو الآتي:

«أما إذا علم البائع الكيل أو العدد فباعه جزافاً ولم يعلم المشتري بعلمه لذلك، فإن ذلك كالعيب الذي للمبتاع الرد به أو الرضا به، ولا يفسد بذلك البيع، ووجهه أن الذي يفسد البيع إنما هو معرفة المبتاع بعلم البائع بقدر الكيل فيقوم في ابتياعه على هذا الغرر؛ وهذا معدوم[4] في مسألتنا»[5].

---

(١) المنتقى ٥:٨.

(٢) وذلك لأنه لما علم أحدهما بالقدر وعلم الآخر بعلمه، وتركا الدخول على الكيل أو الوزن وارتكبا الجزاف صار كل واحد قصده غرر صاحبه وغلبته. الدسوقي ٣:٢٢

(٣) المنتقى ٥:٨ ــ ٩، والدسوقي على الشرح الكبير ٣:٢٠.

(٤) في الأصل (معلوم)، والسياق يقتضي ما أثبتناه.

(٥) المنتقى ٤٥:١٠

والخلاصة: إن الشرط لصحة البيع جزافا، ولزومه عند المالكية أن يجهل كل من المتبايعين مقدار المبيع، فإن علم أحدهما ولم يعلم الآخر بعلم صاحبه إلا بعد العقد، فهو بالخيار، وأما إن علم الآخر بعلم صاحبه حين العقد، بأن أعلمه[1] هو أو غيره، وعقداالبيع على ذلك فإن البيع يكون فاسداً؛ لدخولهما على الغرر، فيرد المبيع إن كان قائماً وتلزمه قيمته إن فات.

ويشترط الشافعية لصحة البيع جزافاً ألا يعلم واحد من المتبايعين قدره[2].

وللحنابلة ثلاثة آراء في بيع الصبرة جزافاً إذا كان البائع عالماً بمقدارها:

الأول: البيع صحيح لازم، ولكنه مكروه تنزيهاً، وهو ظاهر كلام أحمد.

الثاني: للمشتري الخيار في الفسخ والإمضاء، إذا لم يعلم أن البائع كان عالماً بمقدار الصبرة، أما إن علم بذلك فلا خيار له.

الثالث: البيع فاسد، لأنه منهى عنه[3].

أما الشيعة الزيدية فقد اختلفوا في هذا الشرط فقيل: يشترط لصحة بيع الجزاف أن يستوى البائع والمشتري في العلم بالمبيع والجهل به، بأن علماه جميعاً[4] أو جهلاه، فإن علم قدره أحدهما دون الآخر فسد البيع عند الهادي للغرر[5] من العالم، وقال أبو طالب والقاسم: إن علم البائع دون المشتري فغرر، وإلا فلا، فالشرط عندهما ألا يكون البائع عالماً بالمبيع والمشتري يجهله، غير أن

---

(١) أي أعلمه بأنه عالم بمقدار المبيع، ولم يعلمه بالقدر وإلا لا يكون جزافاً.

(٢) المجموع ٩:٣١٢.

(٣) المغني ٤:١٢٣ و ١٢٥ ــ ١٢٦، وانظر فيه توجيه كل رأي.

(٤) هكذا في البحر الزخار، وفيه نظر، إذ كيف يعلمانه معاً ويكون جزافاً؟ ثم إن علم البائع والمشتري بالمبيع ينفي الغرر عنه.

(٥) الغرر هنا بمعنى الغرور، أي التدليس.

هذا شرط صحة عند القاسم يفسد البيع عند تخلفه، وشرط لزوم عند أبي طالب يكون للمشتري الخيار إذا لم يتحقق.

وقال المؤيد ويحيى: يصح البيع، ويلزم وإن لم يستويا في العلم، لأنه لا غرر مع المشاهدة[1]. وأرى أن الغرر الذي يمنع الصحة منتف بالمشاهدة، أما الغرور الذي يمنع اللزوم فإنه موجود مع المشاهدة، ولهذا فإني أرجح الرأي القائل بثبوت الخيار للجاهل منهما إذا كان الآخر يعلم مقدار المبيع ولم يعلمه به.

٣ ـ **أن يكون فيما المقصود منه الكثرة لا آحاده**[2]؛ فيجوز في المكيلات، والموزونات، والممسوحات، والمذروعات. أما ما لا يقدر بالكيل والوزن والذرع، وإنما يعد فقط، ففيه تفصيل، وهو: أن المعدود إذا أمكن عده بلا مشقة لا يجوز بيعه جزافاً مطلقاً، أما إذا كان في عده مشقة، فإن لم تقصد أفراده جاز بيعه مطلقاً قل ثمنها أم لا، كالبطيخ إذا كان المقصود مبلغه لا آحاده، وإذا كان في عده مشقة وقصدت أفراده بالثمن، فإن قل التفاوت بينها جاز بيعه جزافاً كالبيض والتفاح والرمان.

أما إذا لم يقل التفاوت بينها، فلا يجوز بيعه جزافاً كالعبيد والثياب والدواب[3].

قال مالك في الرجل يشتري الإبل أو الغنم أو البز أو الرقيق، أو شيئاً من العروض جزافاً، إنه لا يكون الجزاف في شيء مما يعد عداً[4].

---

(١) البحر الزخار ٣: ٣٢٠، وفيه قال أبو حنيفة والشافعي، كقول المؤيد ويحيى. وهذا مخالف لما في المجموع بالنسبة لرأي الشافعية، ولما في المغني بالنسبة لرأي أبي حنيفة، ولكنه متفق مع ما في القوانين الفقهية ص ٢٣٩، والمنتقى ٥: ٩.

(٢) بداية المجتهد ٢: ١٥٨ و ١٥٩.

(٣) الدسوقي ٣: ٢١ و ٢٢، والقوانين الفقهية ص ٢٣٩.

(٤) الموطأ ٥: ١٠٩، ويلاحظ أن ظاهر هذا النص يمنع بيع المعدود جزافاً مطلقاً. وانظر بداية المجتهد ٢: ١٥٨، ففيه أن مالكاً يجوز بيع العبيد والثياب جزافاً. وهذا سهو من ابن رشد.

فالفرق الأساسي بين المعدود وغيره، أن المعدود يشترط لصحة بيعه جزافاً أن تكون في عده مشقة، أما المكيل والموزون فإنه يباع كل منهما جزافاً، ولو لم تكن مشقة في كيله أو وزنه، ولهذا قلنا فيما قل قدره: إنه يجوز بيعه جزافاً إذا كان مكيلا أو موزوناً، ولا يجوز إذا كان معدوداً إلا إذا كان في عده مشقة[1]، وسبب هذه التفرقة أن المكيل والموزون مظنة للمشقة؛ لاحتياجهما إلى مكيال وميزان قد لا يتأتى لكل الناس، أما العد فإنه متيسر لغالب الناس[2].

بيع النقود جزافاً:

لا يجوز بيع الدراهم والدنانير جزافاً، ويجوز بيع التبر والفضة غير المسكوكين جزافاً، وكذلك يجوز بيع النقود جزافاً، إذا لم يتعامل بها عدداً، بل تعومل بها وزناً فقط[3].

قال مالك: «ولا بأس أن يشتري الرجل الذهب بالفضة، والفضة بالذهب جزافاً إذا كان تبراً أو حلياً قد صيغ، فأما الدراهم المعدودة والدنانير المعدودة فلا ينبغي لأحد أن يشتري شيئاً من ذلك جزافاً، حتى يعلم ويعد، فإن اشترى ذلك جزافاً فإنما يراد به الغرر حين يترك عده ويشتري جزافاً، وليس هذا من بيوع المسلمين. فأما ما كان يوزن من التبر والحلى فلا بأس أن يباع ذلك جزافاً، وإنما ابتياع ذلك جزافاً كهيئة الحنطة والتمر ونحوهما من الأطعمة التي تباع جزافاً، ومثلها يكال فليس بابتياع ذلك جزافاً بأس»[4].

ولا فرق عند الحنابلة بين المعدود وغيره، فيجوز عندهم بيع الرقيق إذا

---

(١) انظر الشرط الخامس ص ٢٦٤.

(٢) الدسوقي ٣: ٢١.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٢١، ٢٢، وبداية المجتهد ٢: ١٥٩.

(٤) الموطأ ٤: ٢٦٧.

شاهدهم ولم يعدهم، وكذلك يجوز بيع الثياب إذا نشرها ورأى جميع أجزائها[1].

وأرى أن تفرقة المالكية بين المعدود وغيره تفرقة في محلها؛ لأن المعدود الذي لا مشقة في عده لا حاجة إلى بيعه جزافاً، والمعدود الذي تتفاوت آحاده ويكون كل واحد منها مقصوداً، لا يعمد المتبايعان إلى بيعه جزافاً إلا إذا قصدا الغرر من ذلك.

٤ ـ **أن يكون المبيع يتأتى فيه الحزر**[2] ويحزر فعلا من أهل الحزر، سواء أكانا المتعاقدين أم من وكلاه، فإن لم يتيسر حزره فلا يجوز بيعه جزافاً، كعصافير حية وحمام في برج ونحوها مما يتداخل، إلا أن يكون المتبايعان قد عرفاه قبل الشراء فيجوز[3].

وهذا شرط عند الشافعية أيضاً، فلا بد عندهم من معرفة المقدار تخميناً أو تحقيقاً[4].

٥ ـ **أن يكون من الكثرة بحيث يخفى أمره ومبلغه على التحقيق**[5]؛ وذلك لأن الأصل في الجزاف ألا يعلم مقداره على التحقيق، فإن علم ذلك خرج عن الجزاف، وصار معلوماً فيجب أن يكال أو يوزن.. الخ.

وينبني على هذا الشرط أن ما كثر جداً، بحيث يخفى أمره ويتعذر حزره لا يصح بيعه جزافاً، مكيلا كان أو موزوناً أو معدوداً؛ لتعذر حزره، وما كثر (لا جداً) يجوز بيعه جزافاً، مكيلا كان أو موزوناً أو معدوداً لإمكان حزره، وأما ما قل

(١) المغني ٤:١٢٤.

(٢) المنتقى ٥:٨، والحزر: التقدير. مصباح.

(٣) الدسوقي ٣:١٠ و ٢١.

(٤) المجموع ٩:٣١٤، وانظر ص ٣٢١ (بيع النحل في الكندوج).

(٥) المنتقى ٥:٨.

جداً بحيث يمكن العلم بقدره فقد فرق فقهاء المالكية فيه بين المكيل والموزون، وبين المعدود، ففي المعدود لا يجوز لأنه لا مشقة في علمه بالعدد، ويجوز في المكيل والموزون ولو لم تكن مشقة في كيله أو وزنه[1]، وسبب هذه التفرقة أن من شرط صحة بيع المعدود جزافاً ألا يكون في عده مشقة، كما ذكرنا في الشرط الثالث.

٦ ـ **أن تستوي الأرض التي عليها المبيع في علم أو ظن المتعاقدين**، ثم إن تبين الاستواء في الواقع لزم البيع، وإلا فالخيار للمغبون، فإن ظهر علو في الأرض فالخيار للمشتري، وإن ظهر انخفاض فالخيار للبائع، أما إذا علم أحدهما عدم الاستواء فإن العقد يفسد[2].

وللشافعية ثلاثة طرق في بيع الصبرة جزافاً، وهي على أرض غير مستوية:

الأول: وهو أصحها: أن هذا البيع يأخذ حكم بيع الغائب؛ لأنه لم تحصل رؤية تفيد المعرفة.

الثاني: القطع بالصحة.

الثالث: القطع بالبطلان، قال الرافعي: وهو ضعيف وإن كان منسوباً إلى المحققين، وعلى هذا الطريق إذا باع الصبرة والمشتري يظنها على أرض مستوية فبان تحتها دكة، ففي هذا البيع وجهان: أصحهما أن البيع صحيح، وللمشتري الخيار، كالعيب، والتدليس، والوجه الثاني: يبطل البيع؛ لأن معرفة المقدار تخمينا أو تحقيقاً شرط وقد تبينا فواتها[3].

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٢٠.

(٢) الدسوقي ٣:٢٠.

(٣) المجموع ٩:٣١٤، ومثل الصبرة السمن ونحوه إذا كان في ظرف مختلف الأجزاء رقة وغلظاً، وانظر ص ٣١٩ و ٣١٠ منه.

ويشترط الحنابلة استواء الأرض لبيع الصبرة جزافاً، فإذا تبين أن الصبرة كانت على دكة أو ربوة ولم يكن المشتري علم به، فله الخيار بين الفسخ وأخذ تفاوت ما بين الحالين، وإذا تبين تحت الصبرة حفرة ولم يكن البائع عالماً بذلك فله الفسخ، قال في المغني: «ويحتمل أنه لا خيار له؛ لأن الظاهر أنه باع ما يعلم، فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال»[١].

٧ ــ **ألا يشتريه مع مكيل في عقد واحد**، فلا يجوز بيع قمح جزافاً مع قمح مكيل، كأن يقول: اشتريت منك هذه الصبرة المجهولة القدر، وهذه الصبرة المعلوم قدرها بكذا؛ وذلك لأن انضمام المجهول إلى المعلوم يصير في المعلوم جهلاً فيكون ذلك من الغرر المانع من صحة البيع، لكن إذا كان المبيع جزافاً مما أصله أن يباع جزافاً كالأرض، فلا مانع من أن تباع مع معلوم أصله أن يباع كيلا، كالقمح بأن يقول شخص لآخر: اشتريت منك هذه الصبرة من القمح المعلومة القدر، وهذه الأرض المجهولة القدر بمائة، وذلك لمجيء كل منها على أصله[٢].

بيع الجزاف بالجزاف:

لا يجوز بيع الجزاف بالجزاف إذا كان العوضان مما يحرم فيه التفاضل من جنس واحد، كبيع صبرة الحنطة بصبرة الحنطة؛ لجهل التساوي في بيع الجزاف، والجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل هنا؛ لأن التماثل شرط.

قال مالك في الموطأ: ولا تحل صبرة الحنطة بصبرة الحنطة[٣].

أما إذا كان العوضان مما لا يحرم فيهما التفاضل ــ من جنسين مختلفين ــ

---

(١) المغني ٤: ١٢٥.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٢٣.

(٣) المنتقى ٥: ٧، والمغني ٤: ١٥، وفيه قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن ذلك غير جائز.

فيجوز بيع أحدهما بالآخر جزافاً، يدا بيد كبيع صبرة الحنطة بصبرة التمر. قال: مالك في الموطأ: «ولا بأس بصبرة الحنطة بصبرة التمر يدا بيد».

وإنما جاز البيع في هذه الصورة ولم يجز في الصورة السابقة؛ لأن الجنسين لما اختلفت الأغراض فيهما لم تقصد المغابنة في الكيل بينهما؛ لأن لكل من المتبايعين غرضا صحيحاً غير الغبن في القدر هو أبين منه وأظهر، وهو مخالفة منفعة ما أعطى لمنفعة ما أخذ، أما إذا كانا من جنس واحد وتقارباً كان الأظهر أنه إنما قصد كل من المتبايعين غبن صاحبه في القدر، وذلك من باب المخاطرة التي تمنع صحة البيع، ولهذا لو تفاوتت المقادير حتى تبين أن أحدهما أكثر من الآخر جاز ذلك؛ لعدم معنى الغرر بزيادة الكيل ونقصه[١].

الجزاف في الثمن:

لا فرق عند الشافعية والحنابلة بين الثمن والمبيع، فيصح البيع عندهم بثمن معين جزافاً، لأنه معلوم بالمشاهدة[٢]، قال النووي: «لو باع بصبرة من الدراهم جزافاً، لا يعلم واحد منهما قدرها لكنها مشاهدة لهما صح البيع بلا خلاف عندنا»[٣].

القانـون:

بيع الجزاف جائز في القانون، وهو البيع الذي لا يحتاج فيه المبيع إلى تقدير ما ــ عدا أو وزنا أو كيلا أو مقاسا ــ مثال ذلك: أن يبيع شخص جميع كمية السكر التي في مخزنه، ويعين المخزن تعييناً كافياً، أو يبيع جزءاً شائعاً منها. وقد نص في المادة (٤٢٩) على أن البيع يكون جزافاً، ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير

---

(١) المنتقى ٥: ٨.

(٢) المهذب ١: ٢٦٦، والمغني ٤: ١٦ و ١٢٤

(٣) المجموع ٩: ٣١٢.

المبيع، مثال ذلك: ما إذا باع شخص كل القمح الذي في مخزنه بسعر الأردب ثلاثة جنيهات مثلا، فإن الثمن هنا لا تحدد جملته إلا بعد كيل القمح الذي في المخزن، فالعبرة في بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف، سواء قدر الثمن جزافاً كمائة جنيه لكل ما في المخزن أو احتاج إلى تقدير، كما إذا بيع بسعر الاردب[1].

وهذه الصورة التي نص القانون عليها يختلف الفقهاء في جوازها، كما سنرى ذلك عند الكلام عن الجهل بمقدار الثمن[2].

٥ ــ بيع ضربة الغائص

ورد النهى عن بيع ضربة الغائص في حديث أبـي سعيد الخدري وقد ذكرناه عند الكلام عن بيع الحمل[3]، ومعنى بيع ضربة الغائص: أن يقول الغواص للتاجر: أغوص غوصة فما أخرجه من اللآلىء فهو لك بكذا، فهذا البيع لا يجوز، ومثله في عدم الجواز بيع ضربة القانص، وهو الصائد يقول للمشتري: بعتك ما يخرج من إلقاء هذه الشبكة مرة بكذا[4]

علة المنـع:

علل المرغيناني المنع: بأن المبيع مجهول، وفيه غرر، والظاهر أنه يريد بالغرر هنا كون المبيع غير مملوك للبائع، وقد صرح بهذا المعنى الكمال حيث قال: «فهو بيع باطل؛ لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد فكان غررا؛ ولجهالة ما يخرج»[5]

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤:٤٤ ــ ٤٥، والوسيط للدكتور السنهوري ٤:٢٢٧ ــ ٢٣٤.

(٢) انظر «البيع بسعر الوحدة».

(٣) انظر ص٢٠٣.

(٤) نيل الأوطار ٥:٢٤٦، والبدائع ٥:١٦٣.

(٥) الهداية مع فتح القدير ٥:١٩٥.

٦ ــ بيع الصوف على ظهر البهيمة

النصـوص:

عن ابن عباس قال: «نهى النبـي ﷺ أن يباع ثمر حتى يطعم[1] أو صوف على ظهر، أو لبن في ضرع، أو سمن في لبن»[2].

حكم بيع الصوف على ظهر البهيمة:

لا يجـوز بيـع الصـوف وهـو علـى ظهـر البهيمـة عند الحنفية علـى مـا في ظاهر الروايـة[3]، والشـافعية[4] وأحمد في روايـة عنـه، عمـلاً بـالحـديث[5]

(١) يُطعِم ــ بضم الياء وكسر العين ــ : أي يصير طعاماً.

(٢) منتقى الأخبار ٥:٢٤٥، روى هذا الحديث الدارقطني، والبيهقي، والطبراني في الأوسط، وفي إسناده عمر بن فروخ وقد قال فيه البيهقي: «ليس بالقوي» ولكن وثقه ابن معين، وقال ابن التركماني: عمر هذا يعرف بالقتات لم يتكلم فيه أحد بشيء من جرح فيما علمت غير البيهقي، وذكره البخاري في تاريخه وسكت عنه، ولم يتعرض ابن عدي إلى ضعفه. وأخرج هذا الحديث أبو داود من طريق أبـي إسحاق عن عكرمة، والشافعي من وجه آخر عن ابن عباس، ولكن الطبراني قال: «لا يروى عن النبـي ﷺ إلا بالإسناد الذي فيه عمر بن فروخ، كما قال البيهقي «تفرد برفعه عمر هذا، ورواه أيضاً أبو داود عن وكيع مرسلاً وابن أبـي شيبة في مصنفه وقال: المحفوظ وقفه على ابن عباس. نيل الأوطار ٥:٢٤٥، والبحر الزخار ٣:٣٢٢، والسنن الكبرى للبيهقي ٥:٣٤٠، والجوهر النقي بذيله.
فالحديث روى مرفوعاً، وموقوفاً، ومرسلاً، وفي الحديث المرفوع: ما رأيت من الاختلاف في صحته.

(٣) الأصل ص ٦٧، وعبر فيه بعبارة «لا خير فيه»، وعبر في ص ٩٤ بعبارة «لا يجوز»، وفي البدائع ٥:٤٨: أن البيع باطل في ظاهر الرواية.

(٤) المهذب ١:٢٦٦، في مذهب الشافعية وجه بالجواز بشرط الجز في الحال، قال النووي: وهو شاذ ضعيف. المجموع ٩:٣٢٧.

(٥) المغني ٤:٢٠٩.

والشيعة الزيدية[١]، وإسحق، وأبـي ثور، وابن المنذر[٢].

علة المنع:

علل محمد منع بيع الصوف على ظهر الحيوان، بأنه «غرر لا يعرف»[٣].
وعلله الكاساني بعدم القدرة على التسليم تارة، وذلك لأنه، كما يقول الكاساني: «ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما، فصار معجوز التسليم بالجز، والنتف استخراج أصله، وهو غير مستحق بالعقد»[٤]، وعلله بالجهالة المفضية إلى المنازعة تارة أخرى[٥].

وعلله الشيرازي بأن الحيوان قد يموت قبل الجز فيتنجس شعره، وذلك غرر من غير حاجة[٦]، وبأنه لا يمكن تسليم الصوف إلا باستئصاله من أصله، ولا يمكن ذلك إلا بإيلام الحيوان، وهذا لا يجوز[٧]، وعلله ابن قدامة بأن الصوف متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالبيع، كما لا يجوز بيع أحد أعضاء الحيوان[٨]. ولا يخفى ما في هذا من ضعف، لأن اتصال الصوف بالحيوان لا يصح قياسه على اتصال أحد أعضاء الحيوان به.

---

(١) البحر الزخار ٣: ٣٢٢.
(٢) المجموع ٩: ٣٢٨، وقال النووي: إن القول بالبطلان، هو رأي جماهير العلماء.
(٣) الأصل ص ٨٧ و ٩٤.
(٤) البدائع ٥: ١٤٨.
(٥) البدائع ٥: ١٦٨.
(٦) هذه علة ضعيفة جداً.
(٧) المهذب ١: ٢٦٦، ولهذا يجوز عندهم بيع الصوف على ظهر الحيوان المذبوح، لأن استيفاءه بكماله ممكن من غير ضرر. المجموع ٩: ٣٢٧.
(٨) المغني ٤: ٢٠٩.

وعلله الشوكاني بالجهالة والتأدية إلى الشجار في موضع القطع[١]، وهو قريب من تعليل الكاساني الأخير.

وجوز بيع الصوف على ظهر البهيمة أبو يوسف قياساً على بيع القصيل في الأرض[٢]، كما جوزه الإمام أحمد في رواية عنه بشرط جزه في الحال؛ لأنه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة[٣]، وجوزه الظاهرية[٤].

وجوزه كذلك سعيد بن جبير، وربيعة، والليث، والثوري بشرط أن يجز قريباً من وقت البيع، قياساً على جواز بيع الرطب والقصيل والبقل والصوف بعد ذبح الحيوان، ولأنه مبيع مشاهد يمكن تسليمه[٥].

والراجح عندي المنع؛ لأن تحديد موضع الجز غير متيسر، وفي هذا غرر من شأنه أن يؤدي إلى النزاع، ولا حاجة إلى البيع على هذه الصفة؛ لأن من الممكن بيع الصوف بعد جزه.

٧ ــ بيع اللبن في الضرع[٦]

جمهـور الفقهـاء علـى أن بيـع الـلبن في الضرع قبل انفصاله لا يجوز[٧]،

---

(١) نيل الأوطار ٥: ٢٤٦، وهو مشابه لما في البحر الزخار ٣: ٣٢٢.
(٢) البدائع ٥: ١٤٨، ووجه الفرق بينهما على ما في ظاهر الرواية هو أن الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق بالشاة بخلاف القصيل. والقصيل بالقاف هو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب ــ المصباح الخضير.
(٣) المغني ٤: ٢٠٩، والفرق بينه وبين بيع عضو من أعضاء الحيوان أن العضو لا يمكن تسليمه مع سلامة الحيوان.
(٤) المحلى ٧: ٣٩٦ و ٣٩٩ و ٤٠٤.
(٥) المجموع ٩: ٣٢٨، والبحر الزخار ٣: ٣٢٢.
(٦) انظر النصوص في ص٢٠٣ و٢٦٩.
(٧) ويقول الشوكاني: إن عدم الجواز مجمع عليه نيل الأوطار ٥: ٢٤٦، وفي ذلك شيء من التسامح كما سنرى، وانظر المجموع ٩: ٣٢٦ ــ ٣٢٧.

لما فيه من الغرر، وللحديث الوارد فيه.

يقول محمد في الأصل: «ولا خير[1] في شراء ألبان الغنم في ضروعها كيلاً ولا مجازفة بدراهم ولا غير ذلك... بلغنا عن رسول الله أنه نهى عن بيع الغرر، وهذا عندنا من الغرر».

والغرر يدخل هذا البيع من عدة وجوه:

منها: جهالة المقدار، إذ قد يرى امتلاء الضرع من السمن فيظن أنه من اللبن[2]

ومنها: الجهل بصفته؛ لأنه قد يكون صافياً وقد يكون كدراً[3]

ومنها: العجز عن التسليم؛ لأن اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة بل شيئاً فشيئاً، فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما، فكان معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد[4].

ومنها: أنه على خطر العدم؛ لأنه لا يدري أن ما في الضرع ريح أو دم أو لبن[5].

وأظهر هذه الوجوه عندي الوجه الأول.

رأي المالكية في بيع لبن الغنم:

يجوز عند المالكية شراء لبن غنم معينة، وذلك يكون على طريقتين ولكل طريقة شروط:

---

(١) عبر محمد في بعض الأماكن «بلا يجوز». الأصل ص ٦٦ و ٩٤.
(٢) المهذب ١:٢٦٦، والمغني ٤:٢٠٩، والبحر الزخار ٣:٣٢٢.
(٣) المهذب ١:٢٦٦، والمغني ٤:٢٠٩.
(٤) البدائع ٥:١٤٨، والمبسوط ١٢:١٩٤.
(٥) البدائع ٥:١٣٨، والمبسوط ١٢:١٩٤.

الطريقة الأولى: أن يشترط كيلاً معلوما من لبن الغنم المسماة، فهذا جائز بالشروط الآتية:

١ ـ أن يذكر ما يقبضه كل يوم.

٢ ـ أن يضرب لذلك أجلا يبقى لبن تلك الغنم إلى مثله.

٣ ـ أن يشترط من اللبن مقداراً يعلم أن مثل هذه الغنم لا تقصر عنه في الأغلب.

٤ ـ أن يشرع في أخذه[1].

قال مالك: «من اشترى... لبنا من غنم مسماة إنه لا بأس بذلك، إن كان يؤخذ عاجلاً يشرع المشتري في أخذه عند دفعه الثمن، وإنما مثل ذلك بمنزلة راوية زيت يبتاع منها رجل بدينار أو دينارين ويعطيه ذهبه، ويشترط عليه أن يكيل له منه، فهذا لا بأس به، فإن انشقت الراوية فذهب زيتها فليس للمبتاع إلا ذهبه، ولا يكون بينهما بيع»[2]

الطريقة الثانية: أن يشتري لبن الغنم المسماة أجمع، وهذا جائز أيضاً بالشروط الآتية:

١ ـ أن تكون الغنم من السوائم التي لا يختلف لبنها.

٢ ـ أن يكون الشراء في إبان اللبن.

٣ ـ أن يضرب أجل يعلم أن لبنها لا ينقطع إلى مثله.

٤ ـ أن يكون المتبايعان قد عرفا قدر حلابها حين التبايع، وذلك لأن قدر لبنها يختلف باختلاف الأعوام، وقوتها، وسمنها، وهزالها، فيجب أن يعلم قدر ذلك[3].

---

(١) المنتقى ٤:٢٤٩، وبداية المجتهد ٢:١٥٨.
(٢) الموطأ ٤:٢٤٨.
(٣) المنتقى ٤:٢٤٩، وبداية المجتهد ٢:١٥٨.

بيع لبن الشاة الواحدة:

الأحكام المتقدمة هي في بيع لبن الغنم المتعددة، أما بيع لبن الشاة الواحدة فقد اختلف المالكية في جوازه، فروى أشهب عن مالك جوازه، وروى عنه ابن القاسم منعه، وهو الأكثر وقال أصبغ: إن وقع لم أفسخه إذا كان في الإبان، وعرف وجه حلابها، والغرر فيه وفي العدد سواء.

والفرق بين حكم بيع لبن الغنم الكثيرة والشاة الواحدة على رواية ابن القاسم أن الشاة الواحدة يلحقها التغير بالنقصان والزيادة فيتبين الغرر، والغنم الكثيرة يحمل بعضها بعضاً، فلا يظهر في جملتها تغير بزيادة ولا نقصان فيبعد الغرر فيها[١].

وممن جوز بيع اللبن في الضرع الحسن، وسعيد بن جبير، ومحمد بن مسلمة[٢].

ترجيح رأي المالكية:

وإني أرى ترجيح رأي المالكية؛ لأن الشروط التي اشترطوها من شأنها أن تخفف إلى حد كبير من جميع وجوه الغرر الذي في هذا البيع، بل وتعدمه بالنسبة لبعضها، فالطريقة الأولى التي جوز فيها المالكية البيع هي في ذاتها تباعد بينه وبين الغرر؛ فإنه ما دام الشراء على أساس الكيل فلا غرر يدخله من جهة المقدار؛ لأنه إذا لم يف اللبن بالكيل المطلوب فإن المشتري يدفع من الثمن بمقدار ما أخذ، ومع هذا فقد احتاط المالكية لهذا، فاشترطوا أن يكون المقدار المتفق عليه مما لا تقصر عنه الغنم في الغالب.

أما الطريقة الثانية، فإن المالكية خففوا من الغرر الذي يدخلها من جهة

(١) المصدر السابق.

(٢) المغني ٤:٢٠٩.

الجهل بالمقدار إلى درجة كبيرة، باشتراطهم أن تكون الغنم ما لا يختلف مقدار لبنها، وأن يكون المتبايعان عرفا مقدار ما تحلبه، فهذان الشرطان يجعلان هذه الطريقة الثانية في حكم الطريقة الأولى.

وقد احتاط المالكية في الطريقتين من الغرر الذي يدخل هذا البيع من جهة الجهل بوجود اللبن ــ في حالة شراء أكثر من حلبة ــ فاشترطوا تعيين مدة يعلم أن لبن الغنم لا ينقطع فيها.

فهذه الضمانات في نظري كافية لتصحيح بيع اللبن في الضرع، في الشاة الواحدة، وفي الغنم الكثيرة، وإن كان الغرر في بيع لبن الغنم الكثيرة أبعد منه في بيع لبن الشاة الواحدة للمعنى الذي تقدم في تأييد رواية ابن القاسم.

أما حديثا النهي عن بيع اللبن في الضرع، فقد رأيت ما قاله رجال الحديث فيهما، على أن في حديث أبـي سعيد دليلاً واضحاً على جواز البيع بالكيل، فيكون حجة للمالكية على جواز الطريقة الأولى نصا، وعلى جواز الطريقة الثانية معنى؛ لأن ما اشترط لصحتها يجعلها في معنى البيع بالكيل، وأما حديث ابن عباس فيمكن حمله، بل يتعين حمله على حديث أبـي سعيد.

* * *

(ب) الجهل بمقدار الثمن:

الأمثلة التي ذكرناها سابقاً كان الغرر فيها سببه الجهل بمقدار المبيع، ونذكر فيما يأتي التطبيقات التي أوردها الفقهاء للغرر الناشيء عن الجهل بمقدار الثمن.

١ ــ البيع بغير ذكر ثمن

لا يصح عند جمهور الفقهاء البيع بغير ذكر ثمن المبيع في صيغة العقد، فلو قال شخص لآخر: بعتك هذه السلعة، فقال الآخر: قبلت، فالبيع فاسد[١].

(١) تحفة الفقهاء ٢:٨٤، وإذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ملكه، ووجب عليه دفع

وقال ابن تيمية: يجوز البيع من غير ذكر الثمن، ويرجع في تقدير الثمن إلى السعر المعلوم، والعرف الثابت، لأن المرجع في الأثمان والأجور إلى العرف، فيكون الثمن الواجب هو ثمن المثل.

ويحتج ابن تيمية لرأيه بما يأتي:

١ ــ أن الشارع جوز النكاح بلا تقدير مهر، مع أنه اشترط العوض فيه ولم يشترط الشارع في البيع إلا التراضي، والتراضي يحصل بثمن المثل، فإذا جوز الشارع النكاح بلا تقدير، فهو بتجويز البيع بلا تقدير ثمن أولى وأحرى، لأن تقدير ثمن المثل أسهل وأعدل، فإنه يوجد مثل المبيع كثيراً، بخلاف المرأة فإن وجود مثلها من نسائها في صفاتها المقصودة من كل وجه متعذر.

٢ ــ ما ثبت في الصحيح من أن النبي ﷺ اشترى من عمر بعيره ووهبه لعبد الله بن عمر، ولم يقدر ثمنه.

٣ ــ قياسه على الهبة بشرط الثواب، وهي معاوضة عند الفقهاء، وقد قالوا بصحتها، وقياسه على ما لو قال شخص لآخر: اعتق عبدك عني وعلى ثمنه، فإن هذا معاوضة بثمن المثل، وهو صحيح عند عامة الفقهاء.

ثم تساءل ابن تيمية بعد ذلك: هل هذا عقد لازم بمجرده، أم لا يلزم إلا إذا قدر العوض، وأنه قبل ذلك لكل منهما الفسخ، لأنه لم يرض الرضا التام؟

القيمة، فالبيع بغير ذكر ثمن ينعقد عند الحنفية بالقيمة إذا حصل التسليم. والمجموع شرح المهذب ٩:١٧١، ولا يفيد هذا البيع الملك أصلاً عند الشافعية، ولو قبضه المشتري كان مضموناً عليه، وفي مذهب الشافعية وجه آخر، هو: أن البيع بغير ذكر ثمن يكون هبة، والأصح عندهم الوجه الأول. وبدائع الفوائد ٤:٥٠، والحنابلة كالشافعية في أن هذا البيع لا يفيد ملكاً، ولو قبض، بل روى عن أحمد أنه إذا تلفت السلعة في يد المشتري من غير تفريط، فلا ضمان عليه.

وأجاب: بأن هذا فيه نظر، ثم قال: «والذي ينبغي أن هذا عقد لازم إذا تفرقا عن تراض، لأن هذا رضا بما يرضى به الناس في العادة... وهذا قياس لزوم النكاح إذا رضيت بمهر المثل»[١].

وقد تبع ابن القيم شيخه ابن تيمية فأجاز البيع من غير ذكر ثمن[٢]

٢ ــ البيع بسعر السوق ونحوه

لا يجوز البيع عند جمهور الفقهاء إذا قال المشتري للبائع: اشتريت هذه السلعة بسعر السوق، أو بما ينقطع به السعر، أو بما يبيع الناس، أو بما بعتها به، أو بما باعها، أو اشتراها فلان، أو بما يعطي فيها، أو بقيمتها، أو برقمها[٣] إذا لم يكن معروفاً لهما، وذلك لأن الثمن في كل هذه الحالات مجهول وقت العقد، وهذا من الغرر الذي يمنع صحة العقد. فممن منع هذا البيع، الحنفية غير أنهم نصوا على جواز البيع بمثل ما يبيع الناس في الأشياء التي لا تتفاوت كالخبز، واللحم[٤]. ومنهم المالكية، غير أنهم نصوا على جواز بيع الاستنابة والاسترسال،

---

(١) نظرية العقد ١٦٤ و ١٧٢، وفيه: قياس المنصوص عن أحمد أن المعاوضة تصح بغير تقدير العوض، ثم إن تراضيا بعوض، وإلا ترادا، وإن فاتت العين فالقيمة.

(٢) بدائع الفوائد ٤:٥٠، وإعلام الموقعين ٤:٣ و ٤.

(٣) قال ابن عابدين: الرقم بسكون القاف علامة يعرف بها مقدار ما وقع به البيع من الثمن ٤:٣٩، وانظر ص ٢١٤ منه. وقال النووي: بيع السلعة برقمها، أي بالثمن الذي هو مرقوم به عليها. المجموع ٩:٣٣٣، ومثله في المغني ٤:١٨٧، فمعنى بيع السلعة برقمها بيعها بالثمن المكتوب عليها.

(٤) الأصل ص ٨٩ و ٩٠ و ١٣٠، والبدائع ٥:١٥٨ و ١٧٨، والهداية مع فتح القدير والعناية ٥:٨٢ ــ ٨٣، وابن عابدين ٤:٧ و ٢٨ و ٣٩. قال محمد في الأصل: وإذا اشترى عدل زطي أو جراب هروي بقيمته... فالبيع في هذا فاسد لا يجوز، لأنه اشترى بما لا يعرف، وذلك كما يقول الكاساني، لأن القيمة تختلف باختلاف المقومين.

وهو أن يقول الرجل للرجل: اشتر مني سلعتي كما تشتري من الناس فإني لا أعلم القيمة فيشتري منه بما يعطيه من الثمن. ولا فرق بين البيع والشراء في هذا[١]. ومنهم الشافعية[٢]، والحنابلة[٣] وقد نصوا كالمالكية على جواز بيع المسترسل[٤]. ومنهم الظاهرية[٥]. وجوز ابن الجنيد من علماء الجعفرية أن يقول البائع للمشتري: بعتك هذه السلعة بالسعر الذي بعت به، وإن كان المشتري يجهل ذلك السعر[٦].

ويرى الحنفية أن المشتري إذا علم مقدار الثمن في المجلس فرضي به يجوز البيع، لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت في المجلس فصار كأنه كان معلوماً عند العقد، أما إن لم يعلم حتى تفرقا تقرر الفساد.

(١) المدونة ٩:١٥٤ و ١٠:١٢٤. والمقدمات الممهدات ٢:٢٧٦، والمنتقى ٤:٢٢ و ٥:٤١، والقوانين الفقهية ٢٤٨، والدسوقي على الشرح الكبير ٣:٤٩ و ١٣٨، والحطاب ٤:٤٧٠، قال مالك: «ولا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهماً، ثم يأخذ منه بربع أو بثلث أو بكسر معلوم سلعة معلومة، فإذا لم يكن في ذلك سعر معلوم، وقال لرجل: آخذ منك بسعر كل يوم، هذا لا يحل، لأنه غرر يقل مرة ويكثر مرة ولم يفترقا على بيع معلوم». الموطأ مع المنتقى ٥:١٥.

(٢) المهذب ١:٢٦٦، والأصح في مذهب الشافعية أنه ما دام المتبايعان يجهلان الثمن وقت العقد أو يجهله أحدهما فالبيع لا يصح ولو علماه في المجلس، وفي المذهب وجه بصحة البيع إذا علما الثمن قبل تفرقهما من المجلس. وحكى الرافعي وجهاً ثالثاً: أن البيع يصح مطلقاً للتمكن من معرفة الثمن كما في بيع الصبرة كل صاع بدرهم فإن البيع يصح، وإن كانت جملة الثمن في الحال مجهولة. قال النووي وهذا ضعيف شاذ. المجموع ٩:٣٣٣.

(٣) المغني ٤:١٨٧ و ١٩٠، قال ابن قدامة: ومتى باعه السلعة برقمها ولا يعلمانه أو جهل ذلك أحدهما... فالبيع باطل، لأن العلم بالثمن شرط لصحة البيع، فلا يثبت بدونه، وقد نقل ابن قدامة عن طاوس أنه كره البيع بالرقم، ولو كان معلوماً لهما حال العقد.

(٤) الشرح الكبير على المقنع ٤:٧٩.

(٥) المحلى ٩:١٥ و ٢٣.

(٦) مفتاح الكرامة ٤:٢٢٥.

ويدخل تحت البيع بسعر السوق ما تعارف عليه الناس من أن المرء يأخذ ما يحتاج إليه كل يوم ممن يتعامل معه من بقال أو لحام أو فاكهي، ولا يتفقان على ثمن وقت الأخذ، ثم يحاسبه عند أول الأسبوع أو الشهر، ويعطيه ثمن ما أخذه حسب سعر السوق في كل يوم[١]. فهذه المعاملة ممنوعة عند أكثر الفقهاء كما رأينا.

وقد جوز متأخرو الحنفية هذه المعاملة استحسانا، وأطلقوا عليها اسم بيع الاستجرار. قال ابن نجيم: «ومما تسامحوا فيه وأخرجوه عن هذه القاعدة[٢] ما في القنية: الأشياء التي تؤخذ من البياع على وجه الخرج كما هو العادة من غير بيع كالعدس والملح والزيت ونحوها، ثم اشتراها بعد ما انعدمت، صح، فيجوز بيع المعدوم هنا»[٣]. وقال الحصكفي: ما يستجره الإنسان من البياع إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها جاز استحساناً[٤].

وقد اختلف علماء الحنفية في طريقة تخريج هذه المعاملة، فهي عند ابن نجيم من بيع المعدوم ولكن تسومح فيها، وعند بعض الفضلاء ليست من بيع المعدوم وإنما هي من باب ضمان المتلفات بإذن مالكها عرفا، تسهيلاً للأمر، ودفعا للحرج، كما هي العادة. وخرجها بعضهم على قرض الأعيان، ويكون ضمانها بالثمن استحسانا... وخرجها في النهر، على أنها بيع بالتعاطي، ولا يحتاج إلى بيان الثمن، لأن المأخوذ ثمنه معلوم.

قال ابن عابدين: «وهذا ظاهر فيما كان ثمنه معلوماً وقت الأخذ، مثل الخبز واللحم، أما إذا كان ثمنه مجهولاً فإنه وقت الأخذ لا ينعقد بيعاً بالتعاطي لجهالة

---

(١) وهو ما يعرف اليوم باسم الحساب الجاري.

(٢) يريد قاعدة النهي عن بيع المعدوم.

(٣) البحر الرائق ٥:٢٥٩.

(٤) الدر المختار بهامش ابن عابدين ٤:١٦.

الثمن، فإذا تصرف فيه الآخذ وقد دفعه البياع إليه برضاه ليتصرف فيه على وجه التعويض عنه لم ينعقد بيعاً، وإن كان على نية البيع، لأن البيع لا ينعقد بالنية، فيكون شبيه القرض المضمون بمثله أو قيمته، فإذا توافقا على شيء بدل المثل والقيمة برئت ذمة الآخذ، ولكن يبقى الإشكال في جواز التصرف فيه إذا كان قيميا، لأن قرض القيمي لا يصح، فيكون تصحيحه هنا استحساناً كقرض الخبز والخميرة، ثم قال ابن عابدين: ويمكن تخريجه على الهبة بشرط العوض، أو على المقبوض على سوم الشراء»[1].

وجوز الإمام أحمد هذا البيع كما رواه عنه ابن تيمية فقد جاء في نظرية العقد: نص أحمد على أنه يجوز أن يأخذ بالسعر من الفامي وغيره[2].

أما ابن تيمية فقد توسع في جواز هذه البيوع وأمثالها مما لم يسم فيه مقدار الثمن، فهو يرى أن اشتراط تسمية مقدار الثمن، من التعقيدات التي لا أصل لها في كتاب ولا سنة ولا أثر عن الصحابة ولا قياس، وليس عليها عمل المسلمين قديما ولا حديثا، ولا مصلحة فيها[3] وقد رأيناه لهذا يجوز البيع بغير ذكر الثمن، وسنراه هنا يجوز البيع بالسعر المعروف، وبما يبيع به البائع للناس ويعتبره أقرب إلى تحقق الرضا، الذي هو الشرط في البيع، من المماكسة، ويقول: «إن على هذا عمل المسلمين دائماً لا يزالون يأخذون من الخباز الخبز ومن اللحام اللحم، ومن الفامي الطعم، ومن الفاكهي الفاكهة ولا يقدر المتبايعان الثمن، بل يتراضيان

(١) ابن عابدين ٤: ١٦ و ١٧، وقد اعترض على جميع هذه التخريجات: والمسألة، على أي حال، ليست قياسية عندهم وإنما جازت استحساناً.

(٢) نظرية العقد ص ١٦٤، والفامي: بائع الفوم، وهو الثوم، والحنطة، والحمص، والخبز، وسائر الحبوب التي تخبز، كما في القاموس المحيط، وهو البقال، كما يقول ابن تيمية ص ١٧٢.

(٣) نظرية العقد ص ١٧٢.

بالسعر المعروف، ويرضى المشتري بما يبيع به البائع لغيره من الناس، وهذا هو المسترسل، وهو الذي لا يماكس، بل يرضى بما يبتاع به غيره وإن لم يعرف قدر الثمن، فبيعه جائز إذا أنصفه، فإن غبنه فله الخيار».

ثم يمضي فيقول: «ولم يشترط في التبايع إلا التراضي، والتراضي يحصل من غالب الخلق بالسعر العام، وبما يبيع به عموم الناس أكثر ممن يماكس عليه وقد يكون غبنه، ولهذا يرضى الناس بتخبير[1] الثمن أكثر مما يرضون بالمساومة، لأن هذا بناء على خبرة المشتري لنفسه، فكيف إذا علم أن عامة الناس يشترون بهذا الثمن؟ فهذا مما يرضى به جمهور الخلق. ومن قال: هذا بيع باطل فقوله فاسد مخالف للنص، وللقياس، وللمعقول، وليس هذا من الغرر الذي نهي عنه رسول الله ﷺ»[2].

ثم يأتي ابن القيم فيسير في طريق شيخه، ويقرر أن القول بالجواز هو الصواب المقطوع به، وهو عمل الناس في كل عصر، ويرى أن حاجة الناس إلى هذه المعاملة تجري مجرى الضرورة، وما كان هكذا لا يجيء الشرع بمنعه ألبتة، ويقول عن الذين يمنعونها: إنهم كلهم، إلا من شدد على نفسه، يفعل ذلك، ولا يجد منه بداً، وهو يفتي ببطلانه[3].

٣ ــ البيع بحكم أحد المتابعين أو بحكم أجنبي:

لا يجوز البيع إذا ترك تقدير الثمن للبائع أو للمشتري أو لأجنبي، فلو قال: بعتك هذه السلعة بما تريد أو بما تحكم به أو بما يحكم به فلان لا يصح البيع، لأن الثمن مجهول فإنه لا يدري بماذا يحكم.

(١) أي الإخبار بالثمن محدداً.

(٢) نظرية العقد ص ٦٥.

(٣) إعلام الموقعين ٤: ٣ و ٤، وبدائع الفوائد ٤: ٥٠ ــ ٥٢.

ويصح البيع عند الحنفية إذا علم الثمن في المجلس، ورضي به المتبايعان.

وقال ابن القاسم: إذا قال البائع للمشتري: بعتك هذه السلعة بما شئت، ثم سخط ما أرسل إليه، فإن أعطاه القيمة لزمه البيع

وورد في رواية شاذة عند الإمامية جواز تحكيم المشتري ويلزمه الحكم بالقيمة فما زاد[1].

٤ ـ بيع التولية والمرابحة والوضيعة[2]:

هذه أنواع من البيع يتعامل بها الناس، وهي بيوع صحيحة، لكن بشرط معرفة رأس المال والربح والخسارة[3].

(١) الأصل ص ٨٩، وفتح القدير ٥: ٨٢ و ٨٣، والبدائع ٥: ٤٨ و ١٧٨، والمنتقى ٥: ٤١، والقوانين الفقهية ص ٢٤٨، والدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٤٩، والروضة البهية ١: ٢٨٥.

(٢) البيع إما أن يكون عن طريق التفاوض بين البائع والمشتري من غير نظر إلى رأس المال الذي قامت به السلعة على البائع، ويسمى بيع المساومة، وإما أن يكون على أساس رأس المال ويسمى بيع الأمانة، وفي بيع الأمانة قد يكون البيع برأس المال فقط ويسمى تولية، إذا أخذ المشتري كل السلعة، أما إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن فيسمى إشراكاً. وقد يكون بربح معلوم، ويسمى مرابحة وقد يكون بخسارة معلومة ويسمى وضيعة ومواضعة ومحاطة ومخاسرة. انظر تقسيم ابن رشد في المقدمات الممهدات ٢: ٢٦٥

(٣) ابن عابدين ٤: ٢١١، والدسوقي على الشرح الكبير ٣: ١٥٩، والمقدمات الممهدات ٢: ٢٧٦، ونهاية المحتاج ٣: ١٦٢ و ١٦٥ و ١٦٦، والمغني ٤: ١٧٩ و ١٨٧ و ١٨٩ و ١٩١، والبحر الزخار ٣: ٣٧٧، والروضة البهية ١: ٣١٧.

وبيع المرابحة خلاف الأولى عند المالكية كما في الشرح الكبير، ويقول ابن رشد: البيع على المكايسة والمماكسة أحب إلى أهل العلم وأحسن عندهم. وعند الشافعية بيع المساومة أولى من بيع المرابحة، ولكن لا كراهة في بيع المرابحة. ويقول الإمام أحمد: والمساومة عندي أسهل من بيع المرابحة. وذلك لأن بيع المرابحة تعتريه أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه إلى تبيين الحال على وجهه، ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل أو غلط فيكون على خطر وغرر، وتجنب ذلك أسلم وأولى.

فلو قال: بعتك هذه السلعة برأس مالها أو بما قامت علي، أو بما اشتريتها به من غير أن يبينه فهذه تولية فاسدة، ولو قال: بعتك هذه السلعة بربح عشرة قروش أو بخسارة عشرة قروش، ولم يذكر رأس المال، فهي مرابحة فاسدة ووضيعة فاسدة، لأن رأس المال مجهول للمشتري. وكذلك لا يصح البيع إذا كان قدر الربح أو الوضيعة مجهولاً، كما لو قال له: بعتك هذه السلعة برأس مالها وهو مائة وتربحني شيئاً، أو واضع لك منها شيئاً[1].

جعل الربح نسبة في المائة[2]:

إذا قال: بعتك هذه السلعة برأس مالي فيها وهو ألف، وأربح في كل مائة عشرة قروش، فالبيع صحيح عند الحنفية، إذا كان الثمن الأول مثلياً كما في هذا المثال، وكان المشتري يعلم جملة ما اشترى به، فإن لم يكن يعلمه، ثم علمه في المجلس خُيّر؛ وإلا فسد البيع، أما إن كان الثمن قيميا[3] فلا يصح؛ لأن الربح

(١) إذا علم المشتري مقدار رأس المال في المجلس فهو بالخيار، عند الحنفية، بين إمضاء البيع وتركه، لأن الرضا لم يتم قبل العلم، فإن لم يعلم إلى انتهاء المجلس تقرر الفساد. ابن عابدين ٤: ٢٢٠. وتصح التولية عند المالكية إذا لم ينص فيها على الإلزام، ولو لم يذكر الثمن، بل ولو لم يذكر المبيع أيضاً، ويكون المشتري بالخيار، وذلك لأنها من باب المعروف. الشرح الكبير للدردير ٣: ١٥٦ ـ ١٥٨.

ومن شروط صحة بيع المرابحة عند المالكية أن يبين البائع ما دفعه في السلعة تفصيلاً، فإن لم يفصل بأن قال: قامت علي بكذا أو ثمنها كذا، فالبيع فاسد. الشرح الكبير للدردير ٣: ١٦١ ـ ١٦٣، والمقدمات الممهدات ٢: ٢٦٦.

(٢) يعبر عنها في كتب الفقه بالبيع بربح (ده يازده)، ودَهْ ـ بفتح الدال وسكون الهاء ـ: اسم للعشرة بالفارسية؛ ويازده ـ بالياء المثناة التحتية والزاي الساكنة ـ: اسم أحد عشر بالفارسية، ومعنى هذا التعبير العشرة بأحد عشر. ابن عابدين ٤: ٢١٣، والمغني ٤: ١٧٩.

(٣) ينبغي أن يلاحظ أن الحنفية لا يجوزون المرابحة إذا كان الثمن الأول قيمياً إلا إذا كان مملوكاً للمشتري. انظر ابن عابدين ٤: ٢١٢

يكون مجهولاً في هذه الحالة إذ هو نسبة من الثمن القيمي، والقيمة مجهولة لأنها إنما تدرك بالحزر والتخمين[١]. وهو صحيح عند المالكية، والشافعية، والحنابلة، وسعيد بن المسيب، وابن سيرين، وشريح، والنخعي، والثوري، وابن المنذر؛ لأن رأس المال معلوم والجهالة التي في الربح تمكن إزالتها بالحساب، فهو كما لو قال: وربح مائة قرش[٢]، غير أن الحنابلة قالو: إنه مكروه كراهة تنزيه لأنه روى عن ابن عمر وابن عباس كراهته، ولأن فيه نوعاً من الجهالة، والتحرز عنها أولى، وكرهه إيضاً مسروق، والحسن، وعكرمة، وسعيد بن جبير، وعطاء بن يسار[٣]. وقال إسحق: لا يجوز؛ لأن الثمن مجهول حال العقد، كما لو باعه بما يخرج به الحساب[٤] وقال ابن حزم: لا يحل البيع على أن تربحني للدينار درهماً... فإن وقع فهو مفسوخ أبداً..؛ لأن هذا شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، والعقد به باطل، وأيضاً فهو بيع بثمن مجهول... فهذا بيع الغرر الذي نهى عنه رسول الله ﷺ. والمرابحة الجائزة عند الظاهرية، هي أن يخبر البائع المشتري بأنه اشترى السلعة بكذا وكذا، وأنه لا يربح معه فيها إلا كذا وكذا[٥].

(١) ابن عابدين ٤: ٢١٣.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ١٦٢، وبداية المجتهد ٢: ٢١٣، ونهاية المحتاج ٣: ١٦٥، والمغني ٤: ١٧٩، والمحلى ٩: ١٤. وروى ابن حزم عن ابن مسعود جوازه إذا لم يأخذ للنفقه ربحاً.

(٣) المغني ٤: ١٧٩ و ١٨٠. وروى ابن حزم عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا: «هو ربا»، وعن عكرمة أنه قال: هو حرام. المحلى ٩: ١٤، وفي البحر الزخار ما يدل على أن ابن عباس، وابن عمر كرها المرابحة جملة، لأن فيها تحمل الأمانة في الثمن والربح.

(٤) المغني ٤: ١٧٩. وفي البحر الزخار ما يفهم منه أن المرابحة غير مشروعة جملة عند إسحق ٣: ٣٧٧.

(٥) هذا البيع صحيح لازم عند الظاهرية، ولو تبين كذب البائع، لأن كذبه معصية لا أثر لها في البيع المحلى ٩: ١٤.

ولا أرى في هذا البيع غرراً مطلقاً، فضلاً عن أن يكون فيه غرر مفسد للعقد؛ لأنه ما دام رأس المال معلوماً، والربح نسبة في المائة منه فإن الثمن يكون معلوماً علماً كاملاً، إذ لا فرق بين قول البائع: بعتك هذه السلعة برأس مالها عليّ، وهو سبعمائة على أن تربحني عشرة في المائة، وقوله: بعتك هذه السلعة بسبعمائة وسبعين جنيهاً.

٥ ــ البيع بسعر الوحدة:

البيع بسعر الوحدة هو بيع المكيل، أو الموزون، أو المذروع أو المعدود كل أردب أو رطل أو ذراع أو واحد بكذا، كأن يقول شخص لآخر: بعتك هذه الصبرة من القمح كل أردب بثلاثة جنيهات.

ولهذا البيع صور مختلفة، منها هذه الصورة التي في المثال الذي ذكرناه، وهي ما إذا اشترى كل الكمية التي يراها من غير أن يسمى جملة ما فيها بسعر الوحدة، وهذه هي الصورة الغالبة في التعامل، وهي التي نريد بيان حكمها[١].

اختلف أئمة الحنفية في حكم هذا البيع، فقال الصاحبان: البيع صحيح لازم سواء كان المبيع مكيلا أو موزونا، أو مذروعا، أو معدودا؛ لأن المبيع معلوم بالإشارة إليه، وجملة الثمن ممكن الوصول إلى العلم به بعد معرفة مقدار المبيع بكيله مثلاً، فالجهالة التي في الثمن بيد كل من البائع والمشتري إزالتها، أو بعبارة أخرى: ممكنة الرفع والإزالة، ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة العقد؛ لأنها

(١) ومنها ما لو باعه كل الصبرة كل أرد بين أو ثلاثة بكذا، ومنها ما لو باعه السلعة وسمى جملة المبيع وسعر الواحد أو سعر الاثنين، ومنها ما لو باعه بعض السلعة كل وحدة منها بكذا، من غير تسمية البعض، كأن يشتري منه ما يحتاج إليه الميت من كفن من هذا الثوب كل ذراع بكذا، ومنها ما لو باعه السلعة مع ظرفها كالسمن، كل رطل بدرهم. انظر البدائع ٥: ١٥٩ و ١٦٢، والدسوقي على الشرح الكبير ٣: ١٥ و ١٦، والمجموع شرح المهذب ٩: ٣١٣ ــ ٣١٦ ــ ٣١٧، والمغني ٤: ١٢٨ ــ ١٣١، والبحر الزخار ٣: ٣٢٧ ــ ٣٢٩.

لا تفضي إلى المنازعة، فهي كالجهالة التي في بيع ثوب من ثوبين على أن يكون للمشتري الخيار، وكالجهالة التي في البيع بوزن هذا الحجر ذهباً[1].

أما الإمام أبو حنيفة فله تفصيل في هذا الموضوع، ورأى يختلف عن رأي الصاحبين، فإذا كان المبيع مكيلا، وقال البائع: بعتك هذه الصبرة كل أردب بجنيه فإن البيع يصح ويلزم في أردب واحد، ولا يصح في الباقي، إلا إذا علم المشتري جملة الأرادب قبل الافتراق، بأن كالها في المجلس، فيكون له حينئذ الخيار، إن شاء أخذ كل أردب بجنيه وإن شاء ترك، وإن لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرر الفساد، وذلك لأن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة تفضي إلى المنازعة، لأن البائع يطلب تسليم الثمن أولا وهو غير معلوم، نظير هذا ما إذا باع الشيء برقمه.

وإنما صح البيع في أردب واحد، لأن المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية إلى المنازعة، وجهالة أردب من صبرة لا تفضي إلى المنازعة فلا تمنع من صحة البيع، ألا ترى أنه لو اشترى أردباً من هذه الصبرة ابتداء جاز، ولما تعذر العمل بكلمة «كل» صرفت إلى الخصوص، لأنه ممكن، وذلك تمشياً مع الأصل المعروف في صيغة العام إذا تعذر العمل بعمومها، فإنها تصرف إلى الخصوص، إذا أمكن الصرف إليه.

ولأبـي حنيفة في هذا قاعدة تقول:

«إن جملة الثمن إذا كانت مجهولة عند العقد في بيع مضاف إلى جملة فالبيع فاسد إلا في القدر الذي جهالته لا تفضي إلى المنازعة»[2].

(١) البدائع ٥:١٥٨ و ١٥٩، والهداية مع فتح القدير، والعناية ٥:٨٨ ـ ٨٩.

(٢) المصادر السابقة، وانظر الزيلعي ٤:٥، ففيه أن البيع يجوز عند الإمام في أردب واحد ويثبت للمشتري الخيار لتفرق الصفقة. وهذا مخالف لما في البدائع من أن البيع يجوز، ويلزم في أردب واحد.

وإذا كان المبيع من المذروعات، فقال البائع: بعتك هذا الثوب أو هذه الدار كل ذراع بكذا، فالبيع فاسد في الكل، إلا إذا علم المشتري جملة الذرعان في المجلس فله الخيار إن شاء أخذ وإن شاء ترك، وإن لم يعلم حتى تفرقا تقرر الفساد.

وعلة الفساد كما جاء في الأصل «أنه لا يدري ما جماعة الثمن، وأن بعض الدار أفضل من بعض»[1].

وإنما فسد البيع هنا في الكل ولم يصح في ذراع واحد كما في حالة المكيلات؛ لأن جهالة ذراع من ثوب جهالة مفضية للمنازعة، ألا ترى أنه لو باع ذراعاً من ثوب لا يجوز ابتداء[2]، فقد تعذر العمل هنا بعمُوم كلمة «كل»، ولم يمكن حملها على الخصوص ففسد البيع في الكل بخلاف الحال في المكيلات، حيث أمكن صرف العموم إلى الخصوص[3].

وإذا كان المبيع من الموزونات؛ فإن كانت مما لا يضرها التبعيض كالزيت، فإن البيع يجوز في رطل واحد كما تقدم في المكيلات، وإن كانت مما يضرها التبعيض كالمصوغ من الأواني، فالبيع فاسد في الكل، إلا إذا علم المشتري جملتها في المجلس فله الخيار[4].

وإن كان المبيع من العدديات المتقاربة، كالجوز، واللوز صح البيع في

(١) انظر أي ضرر في كون بعض الدار أفضل من بعض ما دام البيع يتناولها كلها.

(٢) هذا مبني على أن الثوب مختلف أجزاؤه ولهذا كان الفقهاء قديماً يعتبرون الثياب من القيميات، أما الآن فلا وجه لمنع بيع ذراع من ثوب لأن أجزاء الثوب كلها سواء، وعلى هذا فلا يكون هناك فرق بين بيع الصبرة من القمح كل أردب بكذا، وبيع الثوب كل ذراع بكذا

(٣) البدائع ٥:١٥٩، والأصل ص ٨٧ و ٨٨.

(٤) البدائع ٥:١٥٩.

واحد منها، كما هو الحال في المكيلات، أما إن كان من العدديات المتفاوتة، كالأغنام، بأن قال: بعتك هذا القطيع من الغنم كل شاة بجنيه، فالبيع فاسد في الكل[1].

وقال الأئمة الثلاثة: الإمام مالك[2] والإمام الشافعي[3] والإمام أحمد[4] والشيعة الزيدية[5] يجوز هذا البيع في الكل كرأى الصاحبين.

ومنع الظاهرية هذا البيع مطلقاً، وروى ابن حزم، عن سفيان الثوري أنه بيع مكروه[6].

---

(١) البدائع ٥:١٥٩، والأصل ص ٨٧.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣:١٤ ــ ١٦. القاعدة عند المالكية أن الجهالة المضرة هي جهالة الجملة والتفصيل معاً، أو جهالة التفصيل فقط، أما جهالة الجملة فقط فلا تضر.

(٣) المهذب ١:٢٦٦، قال الشيرازي: «وإن قال: بعتك هذا القيطع كل شاة بدرهم أو هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، وهما لا يعلمان مبلغ قفزان الصبرة، وعدد القطيع صح البيع لأن غرر الجهالة ينتفي بالعلم بالتفصيل كما ينتفي بالعلم بالجملة»، فالشافعية كالمالكية لا تضر عندهم جهالة الجملة وحدها. وانظر المجموع شرح المهذب ٩:٣١٣ و ٣١٦ و ٣١٧.

(٤) المغني ٤:١٢٨ ــ ١٣١، قال الخرقي: «إذا اشترى صبرة كل مكيلة منها بشيء معلوم جاز». وقال ابن قدامة: «لأن المبيع معلوم بالمشاهدة والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين، وهو أن تكال الصبرة ويقسط الثمن على قدر قفزانها، فيعلم مبلغه، فجاز كما لو باع ما رأس ماله اثنان وسبعون مرابحة لكل ثلاثة عشر درهماً درهم فإنه لا يعلم في الحال وإنما يعلم بالحساب، كذا ههنا.

(٥) البحر الزخار ٣:٣٢٧ ــ ٣٢٩، قال المرتضى: «فلو قال بعتك الصبرة كل منٍّ بدرهم صح، إذ لا جهالة، ويخير لمعرفة قدر الثمن»، ومعنى هذا أن البيع عندهم صحيح غير لازم.

(٦) المحلى ٩:٢٠ قال ابن حزم: «ولا يحل بيع جملة مجهولة القدر على أن كل صاع منها بدرهم، أو كل رطل منها بدرهم، أو كل ذراع منها بدرهم، أو أصل منها أو كل واحد بكذا وكذا، وهكذا في جميع المقادير والأعداد، لأن هذا بيع بثمن مجهول لا يدري البائع ما يجب له، ولا المشتري ما يجب عليه حال العقد، وقد قال الله تعالى: **﴿يأيها الذين آمنوا**

ورأى الصاحبين ومن معهما أولى بالقبول من رأي الإمام أبي حنيفة والظاهرية؛ لأن ما احتج به لرأي الإمام من أن هذه الجهالة تفضي للمنازعة؛ لأن البائع يطلب تسليم الثمن أولا، والثمن غير معلوم، فيقع النزاع، حجة غير سليمة؛ لأنه لا يتصور أن يطالب البائع المشتري بالثمن، إلا بعد أن يكيل الصبرة، ويعرف مقدار ما يطالبه به من الثمن، وحينئذ يصبح الثمن معلوماً للجانبين، فلو امتنع المشتري بعد ذلك كان امتناعه مطلا منه، لا المنازعة المفسدة للعقد[1].

الجهالة التي تجعل العقد غير لازم:

هناك نوع من جهالة المقدار لا تفسد البيع، ولكن تجعله غير لازم فقط بالنسبة للمشتري، إذا كانت الجهالة في مقدار المبيع، وبالنسبة للبائع إذا كانت الجهالة في مقدار الثمن.

ومن أمثلة ذلك:

البيع بإناء مجهول القدر:

إذا بيعت المكيلات أو الموزونات بمكيال لا يعرف مقداره أو بوزن حجر لا يعرف مقداره، فإن البيع لا يكون لازماً بالنسبة للمشتري، فله الخيار بعد الكيل، أو الوزن، ويسمى خيار كشف الحال، وذلك، لأن البيع في المكيلات والموزونات إما أن يكون مجازفة، أو يذكر القدر، ففي المجازفة المعقود عليه هو المشار إليه، ولا معتبر بالمعيار، وفي غيرها المعقود عليه هو ما يسمى من القدر؛ ولم يوجد شيء منهما في مسألتنا هذه، لأن البيع ليس مجازفة، والمكيال إذا

لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ [سورة النساء: الآية ٢٩]، والتراضي لا يمكن إلا في معلوم، فهو أكل مال بالباطل وبيع غرر». ولا مانع عند الظاهرية من بيع الجملة كلها بثمن معلوم على أن فيها كذا وكذا، فإن وجدت كما ذكر صح البيع وإلا فهو مردود.

(١) وانظر ترجيح الكمال لرأي الإمام في فتح القدير ٥:٨٨ ــ ٨٩.

لم يكن معلوماً لم يسم شيء من القدر. هذا عند أبي حنيفة في رواية الحسن بن زياد، ولكن الأصح في المذهب رواية الجواز، إذا كان الإناء مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كإناء من خشب أو حديد؛ لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة[1].

ومثل ذلك ما لو اشترى شخص سلعة بوزن هذا الحجر ذهباً فللبائع الخيار بعد الوزن، لأن الثمن غير معلوم فهو غير مشار إليه، وإنما المشار إليه الحجر، ولا يعلم قدر ما يوزن به من الذهب.

ومثله ما لو اشترى سلعة بما في هذه الخابية أو العلبة من الدراهم، فللبائع الخيار إذا رأى الدراهم، لأن الخابية لا يعرف مقدار ما فيها من خارجها، ويسمى هذا بخيار الكمية وذلك بخلاف ما لو قال: اشتريت بما في هذه الصرة من الدراهم، فلا خيار للبائع، لأن الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها[2].

ويفهم من هذا أنه لا يشترط معرفة العدد على وجه التحديد، وإنما تكفي المعرفة التقريبية؛ لأن الصرة لا تمكن معرفة ما فيها معرفة تامة، والظاهر أن هذا يكون من قبيل البيع بثمن جزافاً. ونص الشيعة الزيدية على جواز الشراء بملء الكف دراهم وإن لم يعلما عددها واعتبروا مشاهدة اليد نافية للجهالة[3].

القانون المصري:

ذكر الثمن:

لا يشترط في القانون ذكر الثمن في عقد البيع ما دام المتعاقدان قد اتفقا على الأسس التي يحدد الثمن بمقتضاها، فقد نصت الفقرة (١) من المادة ٤٢٣ من التقنين المدني على ما يأتي:

(١) الهداية مع فتح القدير ٥: ٨٦ و ٨٧.

(٢) فتح القدير ٥: ٨٢ ـ ٨٤، والبدائع ٥: ١٥٨ و ١٧٨، وانظر المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ٦٥٤ هامش

(٣) البحر الزخار ٣: ٣٢١.

«يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد» وهذا هو ما تقضي به القواعد العامة في الالتزام، من الاكتفاء بقابلية المحل للتعيين.

البيع بسعر السوق:

ذكرت الفقرة الثانية من المادة (٤٢٣) تطبيقاً لهذه القاعدة هو: ما إذا اتفق المتبايعان على أن يكون الأساس هو سعر السوق، فالثمن هنا غير مقدر ولكنه قابل للتقدير بالرجوع إلى سعر السوق، فإذا اتفق المتعاقدان علي سوق في مكان وزمان معينين كان سعر ذلك السوق هو المعتبر، أما إذا لم يتفقا على سوق معينة فالعبرة بسعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، بأن كان قرية صغيرة ليس فيها سوق منظمة وجب الرجوع إلى المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره هي السارية، كأقرب سوق مثلا[1].

هذا وينبغي أن ننبه هنا إلى أن كلمة سعر السوق في القانون يدخل فيها سعر السوق، وقت العقد، كما يدخل فيها البيع بسعر السوق في وقت مستقبل، بمعنى أن تباع السلعة الآن، ولكن سعرها يحدد حسب سعر السوق في أول الشهر مثلا في مكان معين وهو ما يعرف بالبيع «بالكنتراتو». أما «سعر السوق» الذي أجاز بعض الفقهاء البيع به، ونوافقهم على جوازه، فإنما يعني سعر السوق في وقت البيع فقط، ولا يشمل البيع بسعر السوق في المستقبل، فإن هذا لا تجيزه قواعد الفقه الإسلامي، ولا أعلم أحداً من الفقهاء أجازه.

(١) المادة ٤٢٣، ومذكرة المشروع التمهيدي: مجموعة الأعمال التحضيرية ٤: ٢٩ و ٣٣، والوسيط للسنهوري ٤: ٣٧٥، وشرح العقود المدنية، للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١١٩ و ١٢٠.

هذا وقد تعرض الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه «البيوع والمعاملات المالية المعاصرة»، إلى البيع على «الكنتراتوات» وانتهى إلى أنه جائز شرعاً معتمداً على نصوص عامة لبعض الفقهاء، وأقوى ما اعتمد عليه ما نقله ابن القيم عن بعض الفقهاء من جواز البيع بما ينقطع به السعر، وواضح من كلام ابن القيم أن المراد السعر وقت العقد لا السعر في زمن مستقبل، ولا أرى وجهاً لجواز هذا النوع من البيوع، لا سيما وأنه بيع يرى رجال الاقتصاد منعه، لأن ضرره أكثر من نفعه، وهي طريقة في البيع انفردت بها مصر دون غيرها من البلاد[1].

البيع بثمن يحدده السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي يجري عليه التعامل بين المتبايعين:

قد لا يحدد المتعاقدان الثمن في العقد ولا يعينان الأسس التي يحدد بمقتضاها صراحة، ولكن مع هذا يصح البيع، وذلك ما إذا تبين من الظروف والملابسات التي أحاطت بالعقد أن المتعاقدين تركا تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة، كما يحصل عادة بين التجار، فالثمن هنا قابل للتقدير، ويرجع في تقديره إلى سعر السلعة المتداول بين التجار، وللقاضي أن يستعين بخبير من التجار في بيان السعر المتداول بينهم إن لم يتضح له هذا السعر. وكذلك يصح البيع إذا تبين من الظروف أن المتبايعين تركا تحديد الثمن إلى السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما، فلو كان بين تاجرين سابق تعامل، بأن اعتاد أحدهما أن يورد إلى الآخر سلعة بسعر معين، أو بسعر يتغير بتغير السوق، فإن استمرار المورد في توريد السلعة من غير ذكر الثمن يدل على انهما متفقان ضمناً، على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو المتغير،

(١) البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ١٨٥ ــ ١٨٩، والاقتصاد السياسي للأستاذ زكي عبد العال ٢: ١١٥ و ١١٦ و ١٤١ و ١٤٢

فالثمن هنا كما في الحالة السابقة قابل للتقدير[1].

ورأى القانون المصري في البيع بغير ذكر ثمن متفق مع رأي ابن تيمية، غير أن ابن تيمية توسع في الجواز أكثر من القانون فجوز البيع مطلقاً وأوجب ثمن المثل[2]، فهو في هذا مطابق للقانون الإنجليزي الذي أوجب دفع ثمن عادل في حالة عدم الاتفاق على طريقة تحديد الثمن، أو وجود تعامل سابق يحدد الثمن بمقتضاه[3].

البيع بثمن يحدده أجنبي:

يصح في القانون أن يتفق المتبايعان على أن الثمن يترك تحديده لأجنبي واحد، أو أكثر يعينانه وقت العقد، أو يتفقان على تعيينه في المستقبل؛ وذلك لأن الثمن هنا وإن لم يقدره المتبايعان إلا أنهما جعلاه قابلاً للتقدير، فإذا قدره ذلك الأجنبي المفوض إليه كان تقديره ملزماً للمتبايعين، ويتم البيع من وقت اتفاقهما على المفوض إليه لا من وقت التقدير.

أما إذا لم يقدر المفوض إليه الثمن بأن امتنع عن التقدير، أو تعذر عليه تقديره، فإن البيع يعتبر كأن لم يكن، وليس للقاضي أن يقوم بالتقدير ولا أن يجبر المفوض إليه على التقدير، ولو كان امتناعه من غير عذر، ولكن يستطيع المتبايعان الاتفاق على شخص آخر يقوم بتقدير الثمن، فإذا قدره اعتبر البيع قد تم من وقت اتفاقهما على هذا المفوض الجديد[4].

(١) المادة ٤٢٤ ونصها: «إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للبيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتبايعين قد نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة. أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما». ومذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية ٤: ٣٣. والوسيط للدكتور السنهوري ٤: ٣٧٦ و ٣٧٧.

(٢) راجع ص٢٧٦.

(٣) انظر ص٢٩٥.

(٤) الوسيط للدكتور السنهوري ٤: ٣٧٨ ــ ٣٨١، وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١: ١٢٠ ــ ١٢٥.

وإذا اتفق المتعاقدان على أن الثمن هو المقدار الذي يعرضه أجنبي على صاحب السلعة، فإن هذا لا يكون بيعاً ترك فيه تقدير الثمن لأجنبي، وإنما يكون شرط تفضيل، يشترط فيه شخص على صاحب السلعة تفضيله على أجنبي يعرض في السلعة ثمناً يرتضيه صاحبها، فيلتزم له صاحب السلعة بتفضيله على الأجنبي في بيع السلعة له بالثمن الذي يعرضه الأجنبي[١].

هذا إذا ترك تقدير الثمن إلى أجنبي، أما إذا ترك تقديره إلى أحد المتبايعين فإن البيع لا يصح، وذلك لئلا يكون أحدهما تحت رحمة الآخر، وهذا ما لم تكن عناصر التعيين معروفة، بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم، فتعيين الثمن أو قابليته للتعيين يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتبايعين، ولا يصح أن يستقل به أحدهما دون الآخر.

ولهذا، لا يكفي أن يبيع الشيء بما يساويه من القيمة أو بثمن عادل؛ لأن هذه القيمة هي التي يجب أن تكون محل اتفاق بين المتبايعين[٢].

البيع على أساس الثمن الذي اشترى به البائع:

يجوز أن يتفق المتبايعان على أن يكون الأساس الذي يقوم عليه تقدير الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع، فيشتري السلعة بمثل ما اشتراها به البائع، أو أكثر أو أقل[٣].

ولا يشترط القانون، كما اشترط الفقهاء، بيان الثمن في العقد، فيكفي أن يقول: اشتريت منك هذه السلعة، بمثل ما اشتريتها به؛ لأن الثمن قابل للتقدير ببيان الأساس الذي يقوم عليه التقدير، وهو ما اشترى به البائع، ويجوز كذلك أن

(١) الوسيط للدكتور السنهوري ٤: ٣٧٠.

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري ٤: ٣٧٠، ومصادر الحق له ٣: ٦٦ و ٦٧.

(٣) يقابل هذا في الفقه الإسلامي بيع التولية والمرابحة والوضيعة.

يكون الثمن هو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين، أو يكون الثمن متوسط الأثمان التي باع بها التاجر في وقت معين، أو يكون الثمن على أساس التسعيرة الرسمية[١].

القانون الإنجليزي:

لا يشترط القانون الإنجليزي لصحة البيع ذكر الثمن في العقد، فقد يتفق المتبايعان على ثمن محدد في عقد البيع، وقد لا يحدد المتبايعان الثمن ولكن يتفقان على طريقة تحديده، وقد يحدد الثمن التعامل السابق بين المتبايعين، وإذا لم يحدد الثمن بطريقة من الطرق السالفة وجب دفع ثمن عادل (Reasonable price)[٢].

ويجوز في القانون الإنجليزي، كما في القانون المصري، أن يتفق الطرفان على أن الثمن يحدده أجنبي، وإذا لم يستطع هذا الأجنبي تحديد الثمن، أو لم يرد تحديده فإن العقد يبطل، إلا إذا كان المشتري تسلم البضاعة أو تسلم جزءاً منها وتصرف فيها، فإن عليه في هذه الحالة أن يدفع ثمناً عادلاً.

(١) الوسيط للدكتور السنهوري ٤: ٣٧١ ـ ٣٧٥، وشرح العقود المدنية، للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١: ١١٩.

(٢) Sect. 8 of the Sale of Goods Act 1893.

لكي ينبغي أن يلاحظ أن عدم الاتفاق على الثمن في العقد قد يكون دليلاً قوياً على أن المتبايعين لم يتوصلا إلى عقد بات، كما حدث في قضية:

May & Butcher V. The King (1934) 2 K B. 17a.

وإن كان الحكم في هذه القضية لم يعتبر قاعدة عامة، انظر قضية:

Hillas & Co. Ltd. V. Arcos, Ltd. (1932) 38 Com Cases 23.

وقد حكمت محكمة الاستئناف في اتفاق بتوريد «بترول» بثمن يتفق عليه المتعاقدان بأنه عقد ملزم، لأنه تبين للمحكمة أن نية المتعاقدين الالتزام بالعقد، قضية:

Faley V. Classique Goaches, Ltd. (1934) 2 K. B. 1.

وإذا لم يستطع الأجنبـي تقدير الثمن بسبب من قبل أحد الطرفين، فإن للطرف الآخر أن يطالبه بتعويض، وذلك كما إذا منع البائع الأجنبـي من الدخول في مكان البضاعة لتقويمها[١].

قابلية المحل للتعيين بين الفقه الإسلامي والقانون[٢]:

تدل أكثر الأحكام التي أوردناها في هذا المبحث على أن الفقه الإسلامي يشترط أن يكون المحل معيناً وقت العقد، ولا يكتفي بقابليته للتعيين، كما يفعل القانون، فقد رأينا جمهور الفقهاء يمنع البيع بسعر السوق، أو بقيمة السلعة أو برأس مالها، أو بما باع، أو اشترى به فلان، أو بحكم فلان، ونحو ذلك، ويعللون المنع بأن الثمن مجهول وقت العقد[٣].

ومن الأمثلة التي تدل على عدم الاكتفاء بقابلية المحل للتعيين، ما جاء في مذهب المالكية من أنه أنه لا يصح أن يشتري شخص من هذا الثوب ما يكفيه قميصاً مثلا كل ذراع بكذا؛ وذلك، كما يقول الدردير: «للجهل بالثمن والمثمن حالاً، ولم يتعبروا العلم الحاصل في المآل»[٤].

ومنها ما في مذهب الحنابلة من أنه لا يجوز أن يبيع شخص دهنا في ظرف كل رطل بكذا على أن يزن الظرف فيحتسب عليه بوزنه، ولا يكون مبيعاً، إذا كان وزن الظرف والدهن غير معلوم؛ لأن هذا، كما يقول ابن قدامة: «يؤدي إلى جهالة الثمن في الحال»[٥]. على أنا نجد بجانب هذه الأحكام أحكاماً أخرى تدل على الاكتفاء بقابلية المحل للتعيين: منها ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة والصاحبان والشيعة

(١) Sect. 9 of the Sale of Goods Act 1893. & the Sale of Gools. by P. S. Atiya P. 9-10.

(٢) انظر ص٢٢٨.

(٣) راجع ص٢٧٧ وما بعدها.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٣: ١٦.

(٥) المغني ٤: ١٣٣.

الزيدية من جواز بيع الصبرة من القمح كل أردب بكذا[١]

ومنها ما ذهب إليه ابن تيمية، وابن القيم، والشافعي في وجه من صحة البيع بسعر السوق يوم الشراء ونحوه[٢]

والذي يظهر لي من تتبع هذه الأحكام المختلفة، أن قابلية المحل للتعيين وحدها لا تكفي لصحة العقد في الفقه الإسلامي، وإنما المدار في الصحة والفساد على عدم الغرر ووجوده، فالمحل غير المعين وقت العقد القابل للتعيين بعده يصح بيعه، إذا كان خالياً عن الغرر، كما في بيع الصبرة كل أردب بكذا، ولا يصح بيعه إذا كان فيه غرر، كما في بيع السلعة برأس مالها، ومن هنا كان الخلاف بين الفقه والقانون؛ لأن القانون يكتفي بقابلية المحل للتعيين من غير نظر إلى وجود الغرر أو عدمه.

• • •

(١) راجع ص٢٨٥ وما بعدها، وعلى الأخص الخلاف بين الإمام والصاحبين في هذه المسألة.

(٢) راجع ص٢٨٠، وهامش ص٢٧٨.

المبحث السادس

الجهـــل بالأجـــل

لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط العلم بالأجل في البيع المؤجل ثمنه، وفي أن الجهل بالأجل من الغرر الممنوع في البيع[1]، ولكنهم اختلفوا في بعض أنواع الجهالة.

ولنتكلم أولاً: عن بيع ورد النص بمنعه، لما فيه من الغرر الناشىء عن الجهل بأجل الثمن هو: بيع حبل الحبلة.

ونتكلم ثانياً: عن آراء الفقهاء في البيوع المجهولة الأجل.

(١) ابن عابدين ٧:٤، والمنتقى على الموطأ ٢١:٥، والمهذب ٢٢٦:١، والمغني ٢٠٩:٤ و ٢٩٠، والمحلى ٤٤٤:٨، والمختصر النافع ١٤٦، وشرح كتاب النيل وشفاء العليل ٧٧:٤ و ٤٢٠، في مذهب الإباضية قول ضعيف بجواز البيع إلى الأجل المجهول، ويكون الثمن حالاً يطالب البائع به المشتري متى شاء، ووجه ضعفه أن الأجل له قسط من الثمن، فلا يستقيم تصحيح البيع، وأخذ الثمن عاجلاً، لأن في هذا إضراراً بالمشتري، ولهذا كان التحقيق في المذهب أن كل بيع أجل إلى وقت غير منضبط فهو فاسد.

(أ) بيع حبل الحبلة[1]

النصـوص:

ورد النهي عن بيع حبل الحبلة في أحاديث متعددة، رويت عن عبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وجاء في بعضها تفسير حبل الحبلة، وأنه من البيوع التي كان متعارفاً عليها في الجاهلية. وإليك هذه الأحاديث[2]:

١ ــ عن ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن حبل الحبلة[3]

٢ ــ عن عبد الله[4] عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع حبل الحبلة[5]

٣ ــ عن نافع عن عبد الله قال: كانوا يبتاعون الجزور[6] إلى حبل الحبلة، فنهى النبي ﷺ عنه، فسره نافع إلى أن تنتج الناقة ما في بطنها[7].

(١) الحبل بفتح الحاء والباء، هو الحمل. والحبلة بفتح الحاء والباء أيضاً قيل: هو جمع حابل ككتبة وكاتب، وقيل: هو مصدر سمي به المحمول كما سمي بالحمل، وإنما دخلت عليه التاء للإشعار بمعنى الأنوثة فيه، وقيل التاء للمبالغة. والتحقيق أن حبل يستعمل للآدميات وغيرهن، لا كما قال بعض أهل اللغة: إنه لا يقال لشيء من الحيوان حبل، إلا ما جاء في هذا الحديث. انظر النووي على مسلم ١٥٧:١٠، وعمدة القاري ٢٦٥:١١، ونيل الأوطار ٢٤٤:٥، ولسان العرب.

(٢) وفي النهي عن بيع حبل الحبلة أحاديث تقدمت ضمن أحاديث الغرر والمزابنة. انظر ص٨٠ و٢٣٣.

(٣) رواه أحمد. مسند الإمام أحمد ٢٩١:١.

(٤) هو ابن عمر، كما في شرح النووي على مسلم.

(٥) رواه أحمد، ومسلم، والترمذي، وابن ماجه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، مسند الإمام أحمد ٥:٢ و ١١ و ٦٣ و ٨٠، وصحيح مسلم ١٥٧:١٠، والجامع الصحيح ٥٣١:٣، وسنن ابن ماجه ١٨:٢

(٦) الجزور بفتح الجيم وهو واحد الإبل يقال للذكر والأنثى. وحكم غير الجزور مثل حكم الجزور، فليس ذكره قيداً، وإنما هو مثال، مثل به لكثرة الجزور عندهم.

(٧) رواه البخاري. صحيح البخاري مع عمدة القاري ٧١:١٢، وعبد الله هو عبد الله بن عمر

٤ ـ عن عبد الله بن عمر قال: كان أهل الجاهلية يبيعون لحم الجزور بحبل حبلة، وحبل حبلة تنتج الناقة ما في بطنها، ثم تحمل التي تنتجه، فنهاهم رسول الله ﷺ عن ذلك[١].

٥ ـ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة، وكان بيعاً يتبايعه أهل الجاهلية، وكان الرجل يبتاع الجزور إلى أن تنتج الناقة، ثم تنتج التي في بطنها[٢].

تفسير بيع حبل الحبلة:

فسر بيع حبل الحبلة بعدة تفاسير:

التفسير الأول: البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة ما في بطنها. هذا تفسير نافع كما في البخاري[٣]، وبه أخذ السيد المرتضى[٤]، وأشار إليه ابن التين ولم ينسبه لأحد[٥].

التفسير الثاني: البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة ما في بطنها، ثم تحمل التي نتجتها. ورد هذا التفسير في حديث ابن عمر عند أحمد ومسلم[٦]، وبهذا

(١) مسند الإمام أحمد ٢:١٥، الحديث رقم ٤٦٤٠ في طبعة دار المعارف، ورواه في موضع آخر بلفظ: عن ابن عمر قال سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع حبل الحبلة، وذلك أن أهل الجاهلية كانوا يبيعون ذلك البيع فنهاهم عن ذلك. مسند الإمام أحمد ٢:٧٦. ورواه مسلم بلفظ: عن ابن عمر قال: كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة، وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ثم تحمل التي نتجت، فنهاهم الرسول ﷺ عن ذلك صحيح مسلم ١٠:١٥٧.

(٢) رواه مالك والبخاري. الموطأ بهامش المنتقى ٥:٢١، وصحيح البخاري ٣:٧٠.

(٣) الحديث رقم ٣.

(٤) البحر الزخار ٣:٢٩٤.

(٥) نيل الأوطار ٥:٢٤٥.

(٦) الحديث رقم ٤.

التفسير جزم أبو إسحق في التنبيه[١].

التفسير الثالث: البيع بثمن مؤجل إلى أن تلد الناقة ما في بطنها، ثم تلد التي ولدتها.

ورد هذا التفسير في حديث ابن عمر عند مالك والبخاري[٢]، وذكر هذا التفسير صاحب لسان العرب، وقال: إن منه حديث عمر لما فتحت مصر وأرادوا قسمها فكتبوا إليه. فقال: «لا، حتى يغزو منها حبل الحبلة» أي حتى يغزو منها أولاد الأولاد[٣]، واقتصر مالك على هذا التفسير في الموطأ[٤]، وبه قال الشافعي[٥]، وجزم به ابن عبد البر[٦]، وهو تفسير الشيعة الإمامية[٧].

وهذه التفاسير الثلاثة متفقة في أن بيع حبل الحبلة، هو البيع بثمن مؤجل، غير أنها مختلفة في الأجل، فعلى التفسير الأول هو ولادة الناقة، وعلى الثاني ولادة الناقة، وحمل ما ولدته، وعلى الثالث ولادة الناقة وولادة ما ولدته. ورجح الشوكاني التفسير الثالث، لأن فيه زيادة[٨].

التفسير الرابع: بيع ولد الناقة الحامل في الحال. جاء هذا التفسير في القاموس المحيط، ولسان العرب، وقال النووي: إنه تفسير أبـي عبيدة معمر بن

(١) نيل الأوطار ٥:٢٤٤.

(٢) الحديث رقم ٥.

(٣) يريد حتى يكثر المسلمون فيها بالتوالد، فإذا قسمت لم يكن قد انفرد بها الآباء دون الأولاد، أو يكون أراد المنع من القسمة حيث علقت على أمر مجهول. اهـ. لسان العرب.

(٤) الموطأ بهامش المنتقى ٥:٢١.

(٥) المجموع ٩:٣٤٠.

(٦) نيل الأوطار ٥:٢٤٤.

(٧) مفتاح الكرامة ٤:١٤٣.

(٨) نيل الأوطار ٥:٢٤٤.

المثنى، وصاحبه أبـي عبيد القاسم بن سلام، وآخرين من أهل اللغة، وبه قال أحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه[1]. فالحديث على هذا في معنى الحديث الذي ينهى عن بيع ما في بطون الأنعام والحديث الذي ينهى عن بيع الملاقيح[2] قال النووي: «وهذا التفسير أقرب إلى اللغة، لكن الراوي هو ابن عمر، وقد فسره بالتفسير الثالث، وهو أعرف، ومذهب الشافعي ومحققي الأصوليين أن تفسير الراوي مقدم إذا لم يخالف الظاهر»[3].

التفسير الخامس: بيع ولد ولد الناقة، وهذا تفسير أكثر أهل اللغة. فقد ورد في مختار الصحاح، والمصباح، والقاموس المحيط، ولسان العرب، ونسبه ابن منظور إلى أبي عبيد، والشافعي، والأزهري، وأبـي منصور، وابن خالويه، وابن الأثير. وجاء في المصباح والقاموس: «كانت الجاهلية تبيع أولاد ما في بطون الحوامل»، واقتصر الترمذي على هذا التفسير[4]، وقال المرتضى: إنه قول أبـي عبيدة[5]. وهذا التفسير والذي قبله متفقان في جعل حبل الحبلة مبيعاً لا أجلاً، كما في التفاسير السابقة، غير أن التفسير الرابع يجعل المبيع ولد الناقة، والتفسير الخامس يجعل المبيع ولد ولد الناقة.

التفسير السادس: بيع حمل الكرمة قبل أن تبلغ، ذكر هذا التفسير الفيروزآبادي في القاموس المحيط، وابن منظور في لسان العرب، والشيخ محمد بن يوسف أطفيش[6].

---

(١) النووي على مسلم ١٠:١٥٨، وانظر المجموع ٩:٣٤٠

(٢) انظر ص٢٠٣ و٢٠٥.

(٣) النووي على مسلم ١٠:١٥٨.

(٤) صحيح الترمذي ٣:٥٣١.

(٥) البحر الزخار ٣:٢٩٤، وانظر ما تقدم في التفسير الرابع عن النووي.

(٦) شرح كتاب النيل ٤:٥٨.

والذي أراه: الأخذ بجميع هذه التفاسير؛ لأن بعضها من راوي الحديث وبعضها تحتمله اللغة. ولا ضرورة للترجيح بينها؛ لأنه لا تعارض بينها، لا سيما وأن الفقهاء متفقون على منع بيع حبل الحبلة على أي من هذه التفاسير.

علة المنـع:

علة المنع عن بيع حبل الحبلة تختلف باختلاف تفسيره، فهي:

١ ـ الجهالة في الأجل على التفسير الأول والثاني والثالث.

٢ ـ كون المبيع معدوما أو على خطر العدم، ومجهولا، وغير مقدور على تسليمه، وغير مملوك للبائع على التفاسير الأخرى، والعلة الجامعة هي الغرر[1].

ومن البيوع الممنوعة للجهل بالأجل، والتي ورد النص بمنعها بيع الحصاة على أحد تفاسيره[2].

(ب) آراء الفقهاء في البيوع المجهولة الأجل

الحنفيـة:

تأجيل المبيع والثمن العين:

لا يجوز تأجيل المبيع ولا تأجيل الثمن إذا كان عينا، فلو باع سلعة على أن يسلمها بعد مدة، أو باع بثمن عين على أن يدفع المشتري الثمن بعد مدة، فالبيع فاسد ولو كان الأجل معلوماً[3]؛ وذلك لأن الأجل شرع ترفيها ليتمكن العاقد من الحصول على العوض في أثناءه،وهذا إنما تظهر فائدته إذا كان العوض دينا، وأما العين فلا فائدة في تأجيله؛ لأنه معين حاضر[4].

---

(١) البحر الزخار ٣:٢٩٤، والنووي على مسلم ١٠:١٥٨: ولسان العرب.

(٢) انظر ص١٣٧ والشرح الكبير للدردير ٣:٤٩.

(٣) ابن عابدين ٤:٣٠ و ١٦٤ و ١٦٥.

(٤) الهداية مع فتح القدير ٥:٢١٩.

تأجيل الثمن الدين:

أما تأجيل الثمن الدين فجائز، بشرط: أن يكون الأجل معلوماً؛ وذلك لقوله ﷺ: «من أسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»؛ ولأن جهالة الأجل تفضي إلى المنازعة، فالبائع يطالب بالتسليم في مدة قريبة، والمشتري لا يرغب ذلك[1].

جهالة الأجل تفسد البيع ولو لم تكن متفاحشة:

الجهالة في الأجل تفسد البيع، سواء كانت متفاحشة أو يسيرة، إذا كان التأجيل مقترناً بالعقد، فالجهالة المتفاحشة أو المتفاوتة ما كانت في الوجود كهبوب الريح، ومطر السماء، وقدوم فلان، والميسرة ونحو ذلك[2]؛ لأن في هذه الآجال غرر الوجود والعدم.

والجهالة اليسيرة أو المتقاربة ما كانت في التقدم والتأخر كالحصاد، والقطاف، والديا س، والجزاز[3]، وقدوم الحاج، وخروجهم، ونحو ذلك، لأن هذه الآجال مما يتقدم ويتأخر فيؤدي إلى المنازعة. ومن الجهالة اليسيرة البيع بثمن مؤجل إلى النيروز[4]، والمهرجان[5]، وصوم النصارى، واليهود، وفطرهم قبل

(١) الهداية مع فتح القدير ٥: ٨٣ ــ ٨٤، وابن عابدين ٤: ٣٠.

(٢) ورد التمثيل بالموت في البدائع، وهو لا يتفق مع الضابط للجهالة الفاحشة، لأن الموت معلوم الوجود، وإنما الجهالة في وقت وجوده.

(٣) الحصاد للزرع، والقطاف للعنب، والدياس للحب وهو دوسه بالقدم. والجزاز هو جز صوف الغنم أو جزاز النخل. فتح القدير ٥: ٢٢٣.

(٤) النيروز: أول يوم من فصل الربيع تحل فيه الشمس برج الحمل.

(٥) المِهْرجان ــ بكسر الميم وسكون الهاء ــ: هو أول يوم من فصل الخريف تحل فيه الشمس برج الميزان. والنيروز والمهرجان: عيدان للمجوس. ابن عابدين ٤: ١٦٤، وفتح القدير ٥: ٢٢٢.

دخولهم في صومهم[1]، إذا لم يدره المتعاقدان أو أحدهما، أما إذا كان المتبايعان يعلمان هذه الآجال فالبيع صحيح؛ لأن المفسد هو الجهالة، وقد انتفت بعلمهما[2]. فالمدار في كل هذا على وجود الجهالة وعدمها فإذا وجدت الجهالة لم يصح البيع وإذا انتفت الجهالة بالعلم بهذه الأوقات صح البيع.

ومن جهالة الأجل ما إذا باعه بألف، على أن يؤدي إليه الثمن في بلد آخر من غير أن يذكر مدة، أما إذا ذكر المدة بأن قال: بعتك بألف إلى شهر على أن تؤدي إلى الثمن في بلد كذا، فالبيع صحيح، غير أنه إن كان الثمن لا حمل له، ولا مئونة، كان البيع بألف إلى شهر، وبطل الشرط؛ لأن تعيين مكان الإيفاء فيما لا حمل له، ولا مئونة غير صحيح[3]. ومنها لو قال: بعت إلى أجل كذا أو كذا[4].

البيع مؤجلا من غير ذكر مدة:

جهالة الأجل تفسد البيع إذا ذكر المتبايعان أجلا مجهولاً، أما إذا لم يذكرا أجلاً مطلقاً بأن قال البائع: بعتك بجنيه مؤجل، فالبيع صحيح، ويعتبر الأجل شهراً على ما عليه الفتوى[5]؛ اعتباراً بأقل مدة أجل السلم.

وأرى أن هذا البيع ينبغي ألا يصح، إلا إذا كانت هناك قرينة تعين الأجل كما إذا اشترى موظف يتقاضى مرتبه آخر كل شهر سلعة في نصف الشهر بجنيه مؤجل، فإن القرينة هنا تحدد الأجل بآخر الشهر.

(١) أما البيع إلى فطر النصارى بعد شروعهم في الصوم فجائز، لأن الأجل يكون معلوماً حينئذ.

(٢) البدائع ٥: ١٧٨ و ١٨٧، وابن عابدين ٤: ١٦٤ ــ ١٥٦، والأصل ص ١١٧ و ١١٨، وفتح القدير ٥: ٢٢٢.

(٣) ابن عابدين ٤: ٣٠.

(٤) تحفة الفقهاء ٢: ٦٤.

(٥) ابن عابدين ٤: ٣٠.

قابلية الفساد بسبب جهالة الأجل للارتفاع:

إذا كان الفساد بسبب الجهالة اليسيرة، فإنه يقبل الارتفاع، إذا أبطل المشتري الأجل قبل محله، وقبل أن يفسخ العقد للفساد، فينقلب العقد صحيحاً استحساناً. قال محمد في الأصل: «للمشتري أن يبطل الأجل الفاسد، وينقد الثمن، أستحسن هذا وأدع القياس فيه»[١]. أما إذا كانت الجهالة فاحشة فإن الفساد لا يرتفع إلا إذا أبطل الأجل قبل الافتراق ونقد الثمن. هذا عند أئمة الحنفية الثلاثة، وقال زفر: لا ينقلب العقد جائزاً بعد أن انعقد بوصف الفساد، ولو أبطل الأجل في المجلس[٢].

التأجيل اللاحق للعقد:

قلنا إن تأجيل الثمن إلى أجل مجهول لا يجوز، سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة إذا اقترن التأجيل بالعقد، أما تأخير الثمن الحال إلى أجل مجهول فلا يجوز إذا كانت الجهالة متفاحشة، أما إذا كانت متقاربة فيجوز. فلو باع بثمن حال ثم أخر إلى أجل متقارب كالحصاد جاز، ولو أخر إلى أجل متفاحش كهبوب الريح لا يجوز ويبقى الدين حالا والفرق بين الصورتين أن التأجيل في العقد جعل الأجل شرطاً فيه، وجهالة الأجل المشروط في العقد وإن كانت متقاربة توجب فساد العقد؛ لأن ما جعل شرطاً في العقد مبناه على المضايقة، والجهالة فيها وإن قلت تفضي إلى المنازعة.

أما التأخير بعد العقد فمبناه على المسامحة؛ لأنه تبرع ولهذا جاز إلى الآجال المجهولة جهالة متقاربة؛ لأن الناس يؤخرون الديون إلى هذه الآجال عادة، ولأن الظاهر أنه لا تكون فيها منازعة، ولم يجز للآجال المجهولة جهالة متفاحشة؛ لأن

(١) وقد تعرض محمد في الأصل لهذه البيوع الفاسدة بسبب جهالة أجل الثمن ووصفها تارة بالبطلان، وتارة بالفساد، وتارة بعدم الجواز. انظر الأصل ص ١١٧ و ١١٨

(٢) البدائع ٥: ١٧٨، وابن عابدين ٤: ٣٢ و ١٦٥ ــ ١٦٦

العادة لم تجر بالتأخير إليها[١]

المالكيـة:

الغرر الذي يفسد العقد يدخل الأجل عند المالكية من ناحيتين: الأولى أن يكون الأجل مجهولاً، والثانية أن يكون بعيداً، فأما الجهالة المفسدة فمثل البيع إلى قدوم فلان، أو إلى موته، أو إلى نزول المطر أو إلى الميسرة، أو إلى أن يبيع المبيع، ونحو ذلك مما يختلف اختلافاً متبايناً تختلف الأغراض باختلافه[٢]، ويجوز عند المالكية البيع إلى الحصاد، أو الجداد، أو العصير؛ لأنه معروف، والعبرة بمعظم الحصاد وكثرته في البلد الذي تبايعا فيه، وإذا أخلف الحصاد في البلد فإن الأجل يحل بحلول أجل الحصاد، وإن لم يكن لأهل البلد حصاد في سنتهم[٣]. ويجوز البيع إلى خروج الحاج، لأنه أجل معروف، كما جاز البيع إلى خروج المصدق بالنص[٤]، ويجوز كذلك البيع إلى النيروز، والمهرجان، والميلاد، وفصح النصارى وصومهم إذا كان وقته معلوماً، ويجوز أيضاً البيع إلى العطاء، إن كان له وقت معروف[٥]

(١) البدائع ٥: ١٧٨، وابن عابدين ٤: ٣١ و ١٦٥.

(٢) المنتقى ٥: ٢١ ــ ٢٢ و ٤١ ــ ٤٢، والمقدمات الممهدات ٢: ٢٢٤، والقوانين الفقهية ٢٤٩.

(٣) المدونة ٩: ١٥٨، والقرطبي ٢: ٣٤٤، وفيه أن القول بجواز البيع إلى الجداد والحصاد انفرد به مالك دون الفقهاء بالأمصار.

(٤) جاء في المدونة عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فقال: عبد الله ليس عندنا ظهر، فأمره النبي ﷺ أن يبتاع ظهراًإلى خروج المصدق فابتاع عبد الله البعير بالبعيرين وبالأبعرة إلى خروج المصدق بأمر رسول الله ﷺ. المدونة ٩: ١٥٨.

(٥) المدونة ٩: ١٥٨، وقد روى جواز البيع إلى العطاء عن ابن عمر، وعلي بن أبي طالب، وأمهات المؤمنين، وعلي بن الحسين، والشعبي، وأبي ثور، وابن المسيب، والقاسم بن

وأما البيع إلى الأجل البعيد فإنه مفسد للعقد إذا وصل من البعد حدا يدخله الغرر بسببه، كالبيع بثمن مؤجل إلى تسعين سنة[1].

هذا بالنسبة للأجل في الديون، أما الأعيان فقد حكى ابن رشد إجماع العلماء على عدم جواز بيع الأعيان إلى أجل[2].

الشافعية:

لا يجوز التأجيل في البيع إذا كان العوض معينا، فلو أجل تسليم المبيع أو الثمن المعين، بأن قال: اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها في وقت كذا، فالعقد باطل[3].

وإنما يجوز التأجيل إذا كان العوض في الذمة، بشرط أن يكون الأجل معلوماً، لقول الله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾** وقول النبي ﷺ: «من سلف فليسلف في كيل معلوم وأجل معلوم»[4].

محمد، وسالم بن عبد الله. المدونة ٩:١٥٩، والمجموع ٩:٣٤٠، والمحلى ٨:٤٤٦ ـ ٤٤٧، قال ابن حزم بعد أن ذكر بعض روايات الجواز: «كل هذا عن حجاج بن أرطاة وناهيك به ضعفاً، وعن جابر الجعفي وهو دون حجاج، وعن نوح بن أبي هلال، ولا أدري من هو؟».

وقال ابن أبي ليلى: إذا باع إلى العطاء صح وكان الثمن حالاً. المجموع ٩:٣٤٠، وانظر المغني ٤:٢٩٠.

وقال بعضهم: إن العطاء كان لا يتقدم ولا يتأخر في عهد الخلفاء الراشدين لصدقهم في صرفه فجاز جعله أجلاً في عهدهم ولم يجز بعده. قال الكمال: والظاهر أنه كان يتقدم ويتأخر قليلاً بنحو يوم أو يومين، ولهذا اختلف فيه الصحابة: فتح القدير ٥:٢٢٣.

(١) المنتقى ٥:٢١ ـ ٢٢ و ٤١ ـ ٤٢.

(٢) بداية المجتهد ٢:١٥٦، وانظر رأي ابن تيمية وابن القيم ص١٦٢-١٦٤.

(٣) المجموع ٩:٣٣٩.

(٤) هكذا ورد الحديث في الأم ٣:٨٤.

ولا بد أن يكون الأجل معلوماً بالأهلة؛ لأن الشارع أعلم بها[1]، قال الشافعي: «ولم يجعل الله علما لأهل الإسلام إلا بها، فمن أعلم بغيرها فبغير ما أعلم الله أعلم»[2].

وعلى هذا فلا يصح عند الشافعي البيع إلى العطاء ولا الحصاد ولا الجداد، ولا عيد النصارى؛ لأن العطاء يتأخر ويتقدم، وكذلك الحصاد والجداد يتأخران ويتقدمان بقدر عطش الأرض وريها وبقدر برد السنة وحرها، وفصح النصارى يخالف حساب الإسلام وقد يكون عاماً في شهر وعاماً في غيره، فلو أجزناه إليه نكون قد أجزناه إلى أجل مجهول ونكون كما يقول الشافعي: «قد أعلمنا في ديننا بشهادة النصارى الذين لا نجيز شهادتهم على شيء، وهذا عندنا غير حلال لأحد من المسلمين»[3].

ولا نزاع في أن الأجدر بالمسلمين أن يعلموا آجالهم بالأهلة ما أمكن؛ لأن الله ذكرها في كتابه الكريم، وأخبر بأنها مواقيت للناس، ولكني لا أرى ذلك أمراً لازماً، يترتب على عدمه فساد عقود المسلمين، كما يرى الإمام الشافعي؛ لأنه ليس ثمة دليل نقلي ولا عقلي على إلزام المسلمين بذلك، والأدلة التي ساقها الإمام الشافعي تدل على أن الأهلة مواقيت للناس، ولكنها لا تدل على أن المواقيت لا تكون بغيرها.

ومن أجل هذا خالف فقهاء الشافعية إمامهم في هذه المسألة فاعتبروا الأهلة

(١) قال الله تعالى: **﴿يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج﴾**، وقال: **﴿شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن﴾**، وقال: **﴿الحج أشهر معلومات﴾** وقال: **﴿يسألونك عن الشهر الحرام﴾** . وقال: **﴿واذكروا الله في أيام معدودات﴾**. [سورة البقرة، الآيات رقم ١٨٩، و١٨٥، و١٩٧، و٢١٧، و٢٠٣].

(٢) الأم ٣:٨٤.

(٣) الأم ٣:٨٥.

وغيرها مما يعرفه الناس أجلاً معلوماً، فيجوز عندهم التأقيت بشهور الفرس والروم والنيروز والمهرجان، وكل ما هو معلوم للمتعاقدين، ولم يتقيدوا بالأهلة إلا في حالة الإطلاق، فإذا كان الأجل إلى أول الشهر من غير تقييد انصرف إلى الشهر الهلالي، ولم يصححوا التأجيل إلى الحصاد أو إلى العطاء أو إلى عيد اليهود والنصارى؛ وعللوا ذلك بأن هذه آجال غير معلومة لأنها تتقدم وتتأخر؛ ولهذا قالوا: يصح البيع إلى وقت استحقاق العطاء إذا كان معلوماً للمتبايعين[1]، ومقتضى هذا التعليل أنه لو كان لليهود عيد محدود الوقت يصح التأجيل إليه أيضاً.

الأجل البعيد:

ولا يصح عند الشافعية التأجيل إلى أجل بعيد كألف سنة، وضبطه بعضهم بما لا يحتمل بقاء المتعاقدين إليه، وضبطه آخرون بما لا يعتقد بقاء الدنيا إليه[2]، والتأجيل إلى ألف سنة أو إلى ما لا يعتقد بقاء الدنيا إليه أمر لا يحصل في العادة، والضابط المعقول للأجل البعيد هو ما لا يحتمل بقاء المتعاقدين إليه، وهذا قريب من مذهب المالكية.

الحنابلة:

ولا بد عند الحنابلة من أن يعلم المتبايعان الأجل بزمان بعينه لا يختلف،

(١) يقول الشيرازي: «والأجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب، وشهور الفرس، وشهور الروم، وأعياد المسلمين، والنيروز، والمهرجان، فإن أسلم إلى الحصاد، أو إلى العطاء، أو إلى عيد اليهود والنصارى لم يصح، لأن ذلك غير معلوم، لأنه يتقدم ويتأخر، فإن ذكر شهوراً مطلقة حمل على شهور الأهلة، لأن الشهور في عرف الشرع شهور الأهلة، فحمل العقد عليها. المهذب ١: ٢٩٨ وانظر أيضاً المجموع ٩: ٣٣٩، وفتح العزيز شرح الوجيز، مع المجموع ٩: ٢٣٠ و ٢٤١، و مغني المحتاج ٢: ١٠٥، ونهاية المحتاج ٣: ٢٢٢، والشرواني على تحفة المحتاج ٤: ٢٩٤ ــ ٢٩٦، والبجيرمي على شرح منهج الطلاب ٢: ٢٩٧.

(٢) المجموع ٩: ٣٣٩.

كأول الشهر أو وسطه أو آخره[1]، والأصل عندهم أن يكون الأجل مقدراً بالشهور الهلالية؛ لقوله تعالى: **﴿يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج﴾**[2] فلو قدر الأجل بغير الشهور الهلالية، فقيل: لا يصح، وقيل: يصح إذا كان الأجل لا يختلف، وكان معروفاً عند المتبايعين[3]، ولا خلاف عند الحنابلة في أن التأجيل إلى الميسرة لا يجوز[4]. وعن أحمد في التأجيل إلى الحصاد والجزاز وما أشبهه رواية بعدم الجواز؛ لما روى عن ابن عباس أنه قال: «لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس، ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم»؛ ولأن هذه الآجال تختلف كالتأجيل إلى قدوم زيد[5]، وعنه في رواية أخرى أنه قال: أرجو ألا يكون به بأس.

وحجة هذا الرأي أن هذا أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة، ولا يتفاوت تفاوتاً كثيراً[6].

الظاهريـة:

يجوز عند الظاهرية أن يشترط في البيع تأجيل الثمن إن كان دنانير أو دراهم إلى أجل مسمى[7]، ولا بد أن يكون الأجل مما لا يتأخر ساعة ولا يتقدم كالشهور العربية والعجمية، وكطلوع الشمس وغروبها، وطلوع كوكب وغروبه مما هو

(١) المغني ٤: ٢٩٠.

(٢) البقرة: ١٨٩.

(٣) المغني ٤: ٢٩٢ و ٢٩٣ وقارن الأجل في الالتزام للدكتور عبد الناصر: ٩٥.

(٤) المغني ٤: ٢٩١.

(٥) المغني ٤: ٢٩٠، وفيه أن هذا قول ابن المنذر.

(٦) المصدر السابق.

(٧) هذا من الشروط السبعة الجائزة عند الظاهرية لورود النص بجوازه، وهو قوله تعالى: **﴿يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه﴾**. المحلى ٨: ٤١٢ و ٤١٣.

محدود الوقت عند من يعرفه[1]، وعلى هذا فلا يجوز عندهم البيع إلى الحصاد والجداد والعطاء ونحو ذلك؛ لأن الحصاد والجداد يتأخران ويتقدمان تبعاً لكثرة المطر وقلته، والعطاء قد ينقطع جملة[2]، وكذلك لا يجوز البيع إلى صوم النصارى أو اليهود أو فطرهم، ولا إلى عيد من أعيادهم، «لأنها من زينتهم ولعلهم سيبدو لهم فيها»[3].

التأجيل إلى الميسرة جائز عند الظاهرية:

يجوز الظاهرية تأجيل الثمن إلى الميسرة؛ لقوله تعالى: **﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾**، ولما روى عن عائشة أن رسول الله ﷺ بعث إلى يهودي قدمت عليه ثياب: ابعث إلي بثوبين إلى الميسرة»[4].

---

(١) المحلى ٨:٤٤٥.

(٢) المحلى ٨:٤٤٤ ـ ٤٤٥. وفيه أن هذا قول الحسن بن حيي وأبي سليمان، وروى ابن حزم أن ابن عباس قال: لا يسلم إلى عصير ولا إلى العطاء ولا إلى الأندر ـ يعني البيدر ـ وهو وقت جمع القمح. وروى عن سعيد بن جبير: «لا تبع إلى الحصاد ولا إلى الجداد، ولا إلى الدراس ولكن سم شهراً. وروى أن محمد بن سيرين سئل عن البيع إلى العطاء فقال: لا أدري ما هو. وروى عن إبراهيم أنه كره الشراء إلى العطاء والحصاد واكن يسمى شهراً. وروى عن الحكم أنه كره البيع إلى العطاء. وقال: هو قول سالم بن عبد الله بن عمر، وعطاء. وانظر أيضاً المجموع ٩:٣٣٩، وفتح القدير ٥:٢٢٣، والقرطبي ٢:٣٤٤.

(٣) المحلى ٨:٤٤٥، ويريد ابن حزم أن النصارى واليهود قد يغيرون في أوقات أعيادهم ولهذا لا يجوز التأجيل إليها.

(٤) المحلى ٨:٤١٢ و ٤١٣ و ٤٤٥، وهذا أحد الشروط السبعة الجائزة عند الظاهرية. تكلم بعض العلماء في هذا الحديث الذي استدل به ابن حزم. فقد قال أحمد عن رواية حرمى ابن عمارة: فيه غفلة وهو صدوق. قال ابن المنذر: فأخاف أن يكون من غفلاته، إذ لم يتابع عليه. المغني ٤:٢٩١، وقد ذكر العيني هذا الحديث مطولاً عن أنس بن مالك وقال: رواه أبو الحسن الطوسي في أحكامه. عمدة القاري ١١:١٨٣.

الشيعة:

ويشترط الشيعة الإمامية في البيع بثمن مؤجل أن تعين المدة، وأن يكون الأجل مضبوطاً، لا يحتمل الزيادة والنقصان، فلا يصح البيع إلى أجل من غير تعيين الأجل، ولا يصح التأجيل إلى مقدم الحاج، أو إدراك الغلة، ولا يصح التأجيل إلى أجل مشترك بين أمرين أو أكثر، كالتأجيل إلى شهر ربيع، أو إلى يوم الخميس، وقيل: يصح، ويحمل على الأول[1] وهذا أولى عندي من القول بعدم الصحة إذ لا غرر يستوجب الفساد؛ لأن المشتري لو كان يريد غير الخميس الأول لعينه، فسكوته عن تعيينه دليل على إرادة الأول.

يتبين من هذا أن الفقهاء متفقون على أن الجهالة التي ترجع إلى وجود الأجل، وهي ما يسميها الحنفية بالجهالة الفاحشة، مفسدة للبيع، وذلك كالتأجيل إلى حبل الحبلة، أو إلى قدوم فلان.

أما الجهالة التي ترجع إلى وقت حصول الأجل أي التي يكون فيها الأجل محقق الحصول ولكن الوقت الذي سيحصل فيه غير معروف ـ وهي ما يسميها الحنفية بالجهالة اليسيرة ـ مثل البيع إلى الحصاد أو إلى قدوم الحاج، فقد اختلفوا في إفسادها للبيع، فقال الحنفية، والشافعية، والحنابلة في رواية، والظاهرية، والشيعة الإمامية: هي مفسدة للبيع، كالجهالة الفاحشة. وقال المالكية، والحنابلة في رواية: لا تفسده.

ومن الجدير بالذكر أن الظاهرية وحدهم جوزوا التأجيل إلى الميسرة بالرغم من أن الميسرة مجهولة الحصول، وحجتهم في ذلك أن النص قد ورد بجوازها، وهو رأي له سند قوي من المنطق، فإن المعسر لا يمكنه أن يؤجل الدين إلى أجل معلوم، لأنه لا يدري متى يوسر، فهو مضطر إلى تأجيله إلى الميسرة، ومن هنا

---

(١) الروضة البهية ١:٣٣٣، والمختصر النافع ص ١٤٦.

افترق أجل الميسرة عن سائر الآجال المجهولة الحصول، فالحاجة هي التي جوزت التأجيل إلى الميسرة مع ما في ذلك من الغرر.

ولهذا فإني أرجح رأي الظاهرية في هذه الجزئية، كما أرجح رأي المالكية في أن الجهالة التي ترجع إلى وقت حصول الأجل لا تفسد البيع، لأن الأجل سيجيء حتماً، وقد يكون للعاقد غرض صحيح من هذا التأجيل، كما في التأجيل إلى الحصاد، وكون الحصاد يتقدم وقته تارة ويتأخر أخرى لا يؤدي إلى المنازعة، كما يرى الحنفية؛ لأن المتعاقدين قد أبرما العقد، وهما يعلمان ذلك، فليس للبائع أن يطالب بالثمن قبل الحصاد إذا تأخر، وليس للمشتري أن يمتنع عن دفع الثمن عند الحصاد إذا تقدم الحصاد.

جهالة الأجل في القانون:

من مقومات الأجل في القانون أن يكون محقق الوقوع، ولكنه مع ذلك يصح أن يكون وقت حلوله مجهولاً[1]، ويسمى الأجل في هذه الحالة أجلاً غير معين[2]، فالأجل غير المعين في القانون يقابل الأجل المجهول في الفقه الإسلامي، غير أن الأجل المجهول أعم من الأجل غير المعين، لأنه يشمل ما جهل وقوعه وما جهل وقت حلوله، أما الأجل غير المعين فلا يصدق إلا على ما جهل وقت حلوله فقط؛ لأن ما جهل وقوعه لا يسمى أجلاً في القانون وإنما يسمى شرطاً.

القانون لا يشترط العلم بالأجل في عقد البيع:

يجوز في القانون تأجيل الثمن أو المبيع أو عقد البيع نفسه إلى أجل غير

(١) هذا ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة (٢٧١) ونصها: «ويعتبر الأجل محقق الوقوع متى كان وقوعه محتماً، ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه».

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري ٣: ٧٩.

معين، ومن الأمثلة المتداولة عند علماء القانون للأجل غير المعين الموت، فيصح البيع بثمن مؤجل إلى موت فلان، كما يصح البيع على أن يسلم المبيع عند موت فلان. ومثل الموت كل ما كان محقق الوقوع مجهول الوقت كالتأجيل إلى حصاد القمح، فإنه لا يعرف وقته على التحديد، وكالتأجيل إلى رجوع أول فوج من الحجاج، إذا لم يكن لرجوعهم وقت محدد، فالتأجيل إلى هذه الأوقات وأمثالها جائز قانوناً مع أنها مجهولة. أما التأجيل إلى قدوم حاج معين فجائز أيضاً، ولكنه لا يسمى أجلاً في القانون، وإنما يسمى شرطاً؛ لأن قدوم حاج بعينه غير محقق الوقوع.

التأجيل إلى الميسرة:

تعرض القانون بصفة خاصة إلى التأجيل إلى الميسرة في المادة (٢٧٢) وهذا نصها: «إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعاداً مناسباً لحلول الأجل، مراعياً في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة، ومقتضياً منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه»، فإذا اشترى شخص سلعة بثمن مؤجل إلى الميسرة فالعقد صحيح قانوناً، ولكن هل هذا من قبيل الشرط أم من قبيل الأجل؟.

يحتمل في هذه الحالة أن يكون المشتري قصد تعليق الوفاء على الميسرة، ويحتمل أن يكون قصد التأجيل إلى الميسرة، ففي الحالة الأولى يكون دفع الثمن معلقاً على شرط واقف هو الميسرة، وهي أمر غير محقق، إذ قد يوسر المرء وقد لا يوسر حتى الموت، وعلى هذا فإذا أيسر المشتري وجب الوفاء، وإن لم يوسر حتى مات سقط عنه الالتزام بالوفاء، وفي الحالة الثانية يكون المشتري قصد الوفاء عند الميسرة، ويحمل هذا على أنه يريد أن يفي بدينه على كل حال، إما عند الميسرة، وإما من التركة عند الموت إذا لم يوسر. وعلى هذا إذا كان أحد

القصدين ظاهراً حمل عليه، وإذا حصل شك حمل على قصد الأجل إلا إذا أثبت المشتري أنه أراد الشرط.

والمادة (٢٧٢) تتحدث عن الحالة التي يكون فيها الوفاء إلى الميسرة أجلاً، لا شرطاً، وتجعل للقاضي الحق في تحديد موعد الوفاء إذا طالب به الدائن، ولم يتفق الطرفان على موعد، ويستعين القاضي في تحديد الأجل بما لدى المدين من موارد مالية وما يتوقع أن يكون عنده من مال في المستقبل، ثم يقتضي القاضي من المدين بعد ذلك عناية الرجل الحريص على الوفاء بدينه، الرجل الذي يقدم وفاء الدين على كل ما يمكن الاستغناء عنه، فإذا عجز القاضي عن تحديد موعد كان الموت هو الأجل، فإذا مات المدين حل الأجل وشارك الدائن سائر الغرماء في استيفاء حقه من التركة[1]. فالتأجيل إلى الميسرة جائز قانوناً، سواء قصد به الشرط أو الأجل، فهو يتفق مع مذهب الظاهرية الذي رجحناه في جواز جعل الميسرة أجلا، ولكنه يختلف عنه في جواز جعلها شرطاً للوفاء يسقط الدين بتخلفه، فإن الدين يجب إخراجه من التركة باتفاق الفقهاء، والظاهرية يقدمونه على نفقة تجهيز الميت[2].

● ● ●

(١) الوسيط للدكتور السنهوري ٣:٨٥ ــ ٨٧، والمذكرة التمهيدية لمجموعة الأعمال التحضيرية ٣:٢٧.

(٢) انظر الوصايا في الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٥، والميراث في الشريعة الإسلامية للمؤلف ص ٤٢ ــ ٤٦.

المبحث السابـع

عدم القدرة على تسليم المحل

اتفق جمهور الفقهاء على أن القدرة على تسليم المحل شرط في البيع، فلا يصح بيع ما لا يقدر على تسليمه، كالبعير الشارد الذي لا يعلم مكانه[1].

ودليلهم على ذلك:

١ ــ الأحاديث التي تنهى عن بيع الآبق، وبيع السمك في الماء[2]، فإن بيعهما إنما منع لعدم القدرة على تسليمهما.

٢ ــ حديث النهي عن بيع الغرر، فإنه يشمل بيع ما لا يقدر على تسليمه؛ لأن محل العقد إذا لم يكن مقدوراً على تسليمه كان مستور العاقبة لا يدري المتعاقد هل يحصل عليه أم لا[3].

٣ ــ القصد من البيع تمليك التصرف؛ وذلك لا يمكن فيما لا يقدر على تسليمه[4].

(١) ابن عابدين ٤:٧، والمنتقى على الموطأ ٥:٤٢، والمجموع ٩:١٤٩ و ٢٨٤، والمغني ٤:٢٠٠، والروضة البهية ٢٨٢، وشرح كتاب النيل ٤:١٣٧، وانظر أيضاً ٤:٧٣ و ٧٤.

(٢) انظر ٣:٢٠٣.

(٣) المهذب ١:٢٦٣.

(٤) انظر المصدر السابق.

وخالف الظاهرية الجمهور فلم يشترطوا القدرة على التسليم لصحة البيع، لأن التسليم، كما يقول ابن حزم: «لا يلزم ولا يوجبه قرآن ولا سنة، ولا دليل أصلاً، وإنما اللازم ألا يحول البائع بين المشتري وبين ما اشترى منه». ولا يرى ابن حزم في عدم القدرة على التسليم غرراً؛ لأن الغرر عنده «ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد» ولا يدخل في هذا التعريف ما لا يقدر على تسليمه؛ لأن المحل قد يكون غير مقدور التسليم، ولكن يكون معلوم القدر والصفة[1].

بعض البيوع التي فيها غرر ناشيء عن عدم القدرة على التسليم

١ ــ بيـع الآبـق

النصـوص:

ورد حديث النهي عن بيع الآبق عن أبـي سعيد الخدري، وقد ذكرناه عند الكلام عن بيع الحمل، وذكرنا ما قاله العلماء فيه[2].

آراء الفقهاء في بيع الآبق ونحوه

المانعون لبيع الآبق:

لا يصح عند الأئمة الأربعة، والشيعة[3] بيع العبد الآبق ونحوه كالجمل الشارد، والمال الضائع؛ لأنه قد ورد النهي عنه نهياً خاصاً في حديث أبـي سعيد، ونهياً عاماً في حديث الغرر. وعلة المنع هي عدم القدرة على تسليمه.

(١) المحلى ٨:٣٨٨، وانظر ص٥١.

(٢) راجع ص٢٠٣.

(٣) وممن منع بيع الآبق: سنان بن سلمة، وعكرمة، وأبو ثور، وابن المنذر. المحلى ٨:٣٩١، والمغني ٤:٢٠٠.

وهذه هي آراؤهم مفصلة:

الحنفيـة:

قال محمد في الأصل: «وإذا باع الرجل عبداً ليس في يديه حين باعه فإن هذا لا يجوز؛ لأن هذا غرر، بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر، وعن بيع العبد الآبق»[1]. وقد ذكر فقهاء الحنفية تفصيلات في بيع الآبق يستفاد منها أن لبيع الآبق ثلاث حالات:

الحالة الأولى: هي ما كان فيها الآبق ونحوه مجهول المكان بالنسبة للعاقدين، وغير مقدور على تسليمه ولا تسلمه، وهي ما يعبر عنها ببيع «الآبق المطلق» وهذه هي الحالة التي لا يصح فيها البيع، ولكن هل يكون البيع باطلاً أم فاسداً؟[2].

اختلف في هذا فقهاء الحنفية: ففي ظاهر الرواية وهو ما عليه مشايخ بلخ أن بيع الآبق باطل، فلو باع الآبق، ثم عاد من الإباق فلا بد من عقد جديد، لأن العقد الأول وقع باطلاً؛ لأن القدرة على التسليم يجب أن تكون حاصلة وقت العقد وهي جزء المحل، فإذا فاتت فقد انعدم المحل فصار كما لو باع طيراً في الهواء ثم أخذه وسلمه في المجلس.

وفي رواية أخرى عن محمد، وهي رواية عن أبـي حنيفة أن العقد فاسد، فلو باع الآبق ثم عاد من الإباق ينقلب البيع صحيحاً؛ لأن الآبق مال مملوك، فينعقد فيه العقد، والعجز عن التسليم كان هو المانع من صحة العقد، فإذا زال المانع عاد العقد صحيحاً من غير حاجة إلى تجديد عقد، فلو امتنع البائع من تسليمه، أو المشتري من قبوله، أجبر على ذلك.

(١) الأصل ٩٢.

(٢) العقد الباطل ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه، والفاسد ما شرع بأصله دون وصفه، انظر المدخل للفقه الإسلامي للدكتور محمد سلام مدكور ٥٩٦ ــ ٦٠٠.

وبهذا أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ.

هذا إذا عاد الآبق قبل الفسخ، أما إذا رفع المشتري الأمر إلى القاضي طالباً التسليم، وعجز البائع عنه، وفسخ القاضي العقد، ثم ظهر الآبق، فإن العقد لا يعود صحيحاً، إذ القاعدة «أن ارتفاع المفسد قبل الفسخ يرد العقد صحيحاً، أما ارتفاعه بعد الفسخ فلا يرده صحيحاً»[1].

الحالة الثانية: هي ما كان فيها الآبق معلوم المكان للمشتري وتسلمه له ثابت بيقين، وهي ما إذا كان الآبق عند المشتري، فإن البيع صحيح نافذ؛ لأن المانع، وهو العجز عن التسليم، قد زال، إذ المقصود من القدرة على التسليم ثبوت التسلم، وهو ثابت في هذه الحالة.

الحالة الثالثة: هي ما كان فيها الآبق مقدوراً على تسلمه في زعم المشتري، وصورتها: أن يجيء شخص إلى مولى العبد فيقول له: عبدك الآبق عند فلان فبعه لي، وأنا أقبضه منه، فيصدق ويبيعه منه، فإن هذا البيع ينعقد موقوفاً على القبض. هذا ما في البدائع، وإن كان ظاهر الهداية يدل على أن الحكم في هذه الحالة كالحكم في الحالة الأولى. ويفرق الكاساني بين الحالتين بأن القدرة على القبض هنا ثابتة في زعم المشتري إلا أن احتمال المنع قائم، فينعقد البيع موقوفاً على القبض، فإذا قبضه تحقق ما زعمه فينفذ، أما في الحالة الأولى فإن العجز عن التسليم متحقق فيمنع الانعقاد[2].

(١) الهداية مع فتح القدير والعناية ٥: ١٩٩ ـ ٢٠١، والبدائع ٥: ١٤٧ و ١٤٨، والمبسوط ١٣: ١٠ و ١١، وفيه ما يدل على أن القول بالبطلان مبني على أن بيع الآبق ممنوع، لانعدام المالية، فهو كالمعدوم حقيقة، والقول بالفساد مبني على أن المنع للعجز عن التسليم.

(٢) البدائع ٥: ١٤٧، والهداية مع فتح القدير ٥: ٢٠٠.

المالكية:

بيع الآبق غير صحيح عند المالكية إذا لم تعلم صفته وموضعه، أو علم ذلك ولكن كان عند من لا يسهل خلاصه منه، لأنه يكون في هذه الحالة غير مقدور التسليم والتسلم؛ أما إذا علمت صفته وموضعه وكان عند من يسهل خلاصه منه فإن البيع يصح، لأن شرط القدرة على التسليم تحقق، ويكفي علم المبتاع بمكان الآبق، ولكن البيع لا يلزم إلا بعد أن يتسلمه المبتاع، بحيث لو تلف أو تغير بعد العقد، وقبل القبض تلف على البائع ورجع المشتري عليه بالثمن[1]. ومثل الآبق الإبل والبقر التي تركت في المرعى حتى توحشت، وأصبحت غير مقدور عليها إلا بعسر، فإنها لا يجوز بيعها؛ لعدم القدرة على تسليمها وتسلمها[2].

وقد تعرض الإمام مالك لبيع الآبق والضال في الموطأ، فمنعه، لما فيه من الغرر، ووجه الغرر عنده هو أن المشتري يدفع في الآبق والضال أقل من ثمنه، فإن وجده ضاع على البائع الفرق بين قيمته وما دفعه المبتاع، وإن لم يجده ضاع على المشتري ما دفعه، ومع هذا فإن الضال إن وجد قد يكون تغير بالزيادة أو النقصان، أو يكون قد حدث فيه عيب، ولم يتعرض مالك للقدرة على التسليم، وهذا نص عبارته:

«ومن الغرر والمخاطرة أن يعمد الرجل قد ضلت دابته أو أبق غلامه وثمن الشيء من ذلك خمسون ديناراً، فيقول رجل: أنا آخذه منك بعشرين ديناراً، فإن وجد المبتاع ذهب من البائع ثلاثون ديناراً، وإن لم يجده ذهب من المبتاع بعشرين ديناراً، قال مالك: «وفي ذلك عيب آخر أن تلك الضالة إن وجدت

(١) الدسوقي على الدردير ٣: ١٠، وانظر أيضاً: بداية المجتهد ٢: ١٥٨، والمدونة ٩: ١٥٥، الخرشي ٥: ١٦.

(٢) الشرح الكبير ٣: ١٠.

لـم يـدر أزادت أم نقصـت أم مـا حـدث بهـا مـن العيـوب فهـذا أعظـم المخاطرة»[1].

الشافعيـة:

لا يصح بيع الآبق ونحوه إذا لم يعرف موضعه، لأن من شروط المبيع أن يكون البائع قادراً حساً وشرعاً[2] على تسليمه بلا كبير مشقة، وكذلك لا يصح بيعه إذا عرف موضعه، ولم يكن مقدوراً عليه. أما بيعه لمن قدر على رده من غير مئونة ولا مشقة، فإنه يصح على الصحيح؛ لتيسر وصوله إليه حينئذ، فلا يكون في بيعه غرر، والقول الثاني لا يصح لأن التسليم واجب على البائع، وهو عاجز عنه[3].

الحنابلة:

لا يصح بيع الآبق عند الحنابلة، سواء علم مكانه أو جهل؛ لأنه بيع غير مقدور على تسليمه كبيع الطير في الهواء، فإن كان الآبق في يد إنسان صح بيعه، لإمكان تسليمه[4].

الشيعـة:

لا يجوز بيع الآبق ونحوه عند الشيعة الزيدية، إلا إذا بيع إلى من أبق إليه، فإنه يجوز لانتفاء الغرر[5] وقال المؤيد بالله وأبو طالب: يصح بيع الآبق موقوفاً على التسليم مستدلين بعموم قوله تعالى: ﴿**وأحل الله البيع**﴾[6].

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٥: ٤١، وانظر أيضاً: المدونة ١٠: ٣٨.
(٢) عدم القدرة الحسية تكون في بيع الآبق، والطير في الهواء، والسمك في الماء المملوكين للبائع، وعدم القدرة الشرعية تكون في بيع المرهون والوقف.
(٣) نهاية المحتاج ٣: ٣٨٦ و ٣٨٧، والمجموع ٩: ٢٨٤ و ٢٨٥.
(٤) المغني ٤: ٢٠، وانظر القواعد لابن رجب ص ١١٨، القاعدة ٦٥.
(٥) يلاحظ أن الزيدية يعللون المنع بالغرر، ولم يتعرضوا لعدم القدرة على التسليم.
(٦) البحر الزخار ٣: ٣١٣، وانظر ص ٣٥٤.

أما الشيعة الإمامية، فالآبق عندهم قد يباع منفرداً، وقد يباع مع «الضميمة» أي مع شيء آخر يصح بيعه منفرداً.

فإن بيع الآبق منفرداً فإن البيع لا يصح؛ لعدم القدرة على تسليمه، التي هي شرط لصحة البيع، لكن القدرة على التسليم عندهم إنما شرطت لمصلحة المشتري، ولهذا لو كان المشتري قادراً على تسلم الآبق صح البيع، ولو كان البائع عاجزاً عن تسليمه على الأقرب في المذهب، بل لو رضي المشتري بالابتياع مع علمه بعدم قدرة البائع على التسليم صح البيع، ما لم يكن المبيع من شأنه ألا يقبض عرفاً، لأنه يكون حينئذ في معنى أكل المال بالباطل، فعدم صحة بيع الآبق عند الإمامية إنما هي عند عدم رضا المشتري، أو عدم علمه بعجز البائع، أو كون الآبق بحيث لا يتمكن منه عرفاً[1]. أما إذا بيع الآبق مع «الضميمة» فإن البيع صحيح، فإن وجده المشتري ملكه، وإن لم يجده كان الثمن بإزاء الضميمة، ونزل الآبق بالنسبة إلى الثمن منزلة المعدوم، وهذا الحكم خاص بالآبق فلا يلحق به غيره مما في معناه كالبعير الشارد والفرس العائر على الأقوى[2].

وللإباضية قولان في بيع الآبق قول بالجواز، وقول بعدم الجواز؛ لأنه من الغرر وهو قول الأكثر[3].

المجوزون لبيع الآبق:

روى جواز بيع الآبق ونحوه عن بعض الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار منهم ابن عمر، وشريح، وابن سيرين، والشعبي، وعثمان البتي، وأبو بكر ابن داود، فقد روى عن ابن عمر أنه اشترى بعيراً وهو شارد، قال ابن حزم:

(١) الروضة البهية ص ٢٨٢، ومفتاح الكرامة ٤: ٢٢٤.
(٢) الروضة البهية ص ٢٨١ و ٢٨٢.
(٣) شرح النيل ٤: ٧٣ و ٧٤.

وما نعلم لابن عمر مخالفاً من الصحابة. وعن محمد بن سيرين أن رجلاً أبق غلامه فقال له رجل: بعني غلامك، فباعه منه ثم اختصما إلى شريح، فقال شريح: إن كان أعلمه مثل ما علم فهو جائز. وعن أيوب السختياني قال: أبق غلام لرجل فعلم مكانه رجل آخر فاشتراه منه، فخاصمه إلى شريح بعد ذلك، قال ابن سيرين: فسمعت شريحاً يقول له: أكنت أعلمته مكانه ثم اشتريته؟ فرد البيع؛ لأنه لم يكن أعلمه، وذلك؛ لأن كتمانه مكانه وهو يعلمه غش وخديعة، والغش والخديعة يرد منهما البيع.

وروى الشعبي عن شريح أن رجلاً أتاه فقال: إن لي عبداً آبقاً وإن رجلاً يساومني به أفأبيعه منه؟ قال: نعم، فإنك إذا رأيته فأنت بالخيار، إن شئت أجزت البيع وإن شئت لم تجزه. قال الشعبي: إذا أعلمه منه ما كان يعلم منه جاز بيعه ولم يكن له خيار. وعن أيوب السختياني أن محمد بن سيرين كان لا يرى بأساً بشراء العبد الآبق إذا كان علمهما فيه واحداً[1].

أهل الظاهر:

بيع الآبق[2] عند أهل الظاهر جائز، عرف مكانه أو لم يعرف؛ لأنه مال مملوك لبائعه، وكل ما ملكه المرء فحكمه فيه نافذ بالنص، إن شاء وهبه وإن شاء باعه، وإن مات فهو موروث عنه، وكون البائع غير قادر على تسليمه لا يمنع صحة البيع؛ لأن القدرة على التسليم ليست من شروط صحة البيع عندهم؛ لأن التسليم لم يوجبه قرآن ولا سنة ولا دليل أصلاً، وإنما الشرط ألا يحول البائع بين المشتري وبين ما اشترى منه؛ لأنه إن فعل ذلك كان ظالماً، وليس في بيع الآبق غرر؛ لأن الغرر عندهم ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد، والآبق معلوم القدر والصفة، قال ابن حزم؛ فإن قيل: لعله ميت حين العقد، أو قد تغيرت صفاته،

(١) المحلى ٨: ٣٩١، والمغني ٤: ٢٠٠، وانظر ص٨٧.

(٢) ومثل الآبق الجمل الشارد والطير المتفلت، وكل ما صح الملك عليه.

أو لعل المشتري لا يجده أبداً. قلنا: هو على الحياة التي قد صحت له، وعلى ما تيقن من صفاته حتى يصح موته أو تغيره، فإن تيقن موته أو تغيره عن صفاته رد البيع، وإن وجده المشتري على صفاته ملكه ملكاً صحيحاً، وإن لم يجده فقد استعاض الأجر الذي هو خير من الدنيا وما فيها وربحت صفقته.

٢ ــ بيع السمك في الماء

النصوص:

روى عن النبي ﷺ النهي عن بيع السمك في الماء، وقد ذكرنا الأحاديث الخاصة بهذا الموضوع ضمن النصوص المتعلقة بالنهي عن بيع الغرر[1]. والنهي عن بيع السمك في الماء يشمل بيعه قبل أن يُصطاد، كما يشمل بيعه بعد أن يملك بالصيد أو غيره، أما بيعه قبل صيده فلا يجوز باتفاق الفقهاء؛ لأنه مال مباح غير مملوك لأحد فلا يكون محلاً للبيع[2]. وأما بيعه بعد أن ملك وهو في الماء[3]، فقد منعه عمر بن الخطاب، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عمر، والحسن، والنخعي، وأبو ثور[4].

ورخص في بيعه أقوام منهم عمر بن عبد العزيز. قال أبو يوسف: حدثنا

(١) انظر الحديث رقم ٨ و ٩ في ص٨٠.

(٢) الزيلعي ٤: ٤٥، والمغني ٤: ٢٠١، ومفتاح الكرامة ٤: ٢٢٢، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٥٨٤.

(٣) وصورة ذلك أن يملك رجل سمكاً بالصيد أو غيره، ثم يلقيه في حظيرة ــ بركة ــ أو يعد حظيرة ليجتمع فيها السمك، فإن دخول السمك في تلك الحظيرة يكون استيلاء عليه، أو يكون لرجل حظيرة غير معدة لصيد السمك، فيدخل فيها السمك، ويأتي صاحبها ويسد عليه الحظيرة.

(٤) الأصل ص٩٣ و ٩٤، والخراج ص٨٧، والمغني ٤: ٢٠٠، قال ابن قدامة: «ولا نعلم لهم ــ للمانعين ــ مخالفاً». ولعله لم يبلغه خلاف عمر بن عبد العزيز.

أبو حنيفة عن حماد قال: طلبت إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله عن بيع صيد الآجام، فكتب إليه عمر: ألا بأس به وسماه الحبس[1].

وقال الحنفية: يجوز بيعه إن كان لا يحتاج في أخذه إلى اصطياد، ويثبت للمشتري خيار الرؤية عند التسليم له، ولا يعتد برؤيته وهو في الماء، لأن السمك يتفاوت في الماء وخارجه، أما إذا كان يحتاج في أخذه إلى اصطياد، فلا يصح بيعه، لعدم القدرة على تسليمه عقيب البيع[2].

ومنع المالكية: بيع السمك في الغدير أو البركة[3].

وقال الشافعية: بيع السمك في البركة لا يجوز إذا كانت البركة واسعة يتوقف أخذ السمك منها على كبير كلفة عرفاً؛ لأنه إذا كان بهذه الكيفية لا تتحقق القدرة على تسليمه في الحال، إما إن سهل أخذه من البركة، فإن بيعه يصح بشرط ألا يمنع الماء من رؤيته، وألا تكون البركة متصلة بالنهر[4].

وقال الحنابلة: مثل قول الشافعية غير أنهم لم يشترطوا عدم اتصال البركة بالنهر[5].

(١) الخراج ص ٨٧، قال أبو يوسف: الصواب عندنا ــ والله أعلم ــ في قول من كرهه. وانظر حاشية ابن عابدين ٤: ١٤٧ و ١٤٨.

(٢) الأصل ص ٩٣ و ٩٤، وفتح القدير ٥: ١٩٤، والبدائع ٥: ١٤٧، والزيلعي ٤: ٤٥، وقال **ابن أبي ليلى**: يجوز البيع وإن كان لا يتمكن من أخذه إلا بالصيد، لأنه إذا كان قد ملك السمك ثم أرسله في الأجمة فإن إرساله له لا يزيل ملكه. وقد رد السرخسي على رأي ابن أبي ليلى بأن إرسال السمك يجعله آبقاً في الماء، فبيعه كبيع الآبق، وإذا كان لا يملك أخذه إلا بالصيد فإنه لا يكون مقدوراً على تسليمه إلا باكتساب سبب يثبت ابتداء الملك به هو الاصطياد، فيكون في معنى بيعه قبل أن يملكه. المبسوط ١٣: ١٢.

(٣) بداية المجتهد ٢: ١٥٨.

(٤) المهذب ١: ٢٦٣.

(٥) المغني ٤: ٢٠١ و ٢٠٢.

وقال الشيعة الإمامية: يجوز بيع السمك في البركة ما دام الماء رقيقاً لا يمنع المشاهدة وأمكن أخذه، ولو بتعب شديد على الأقوى في المذهب[1].

ومنع أكثر فقهاء الإباضية بيع السمك في البركة؛ للجهل به وهو في الماء، ولأنه قد لا يملك قبضه لامتناعه بالماء[2].

٣ ــ بيع الطير في الهواء

لم يرد نص في بيع الطير في الهواء ولكنه شبيه ببيع السمك في الماء، ولهذا آثرنا ذكره معه. وبيع الطير في الهواء يكون على وجهين كبيع السمك في الماء:

أحدهما: بيعه قبل صيده، وهذا لا يجوز باتفاق؛ لأنه غير مملوك لأحد فهو مال مباح.

ثانيهما: بيعه بعد أخذه وإرساله، وهذا هو الذي نريد التحدث عنه هنا.

فعند الحنفية: لا يصح بيع الطير وهو في الهواء؛ لأنه وإن كان مملوكاً للبائع إلا أنه غير مقدور التسليم عقيب العقد، ولو كان الطير يذهب ويجيء، كالحمام على ظاهر الرواية، ولكن في فتاوي قاضيخان أن الطير إذا كان داجناً يعود إلى بيته عادة ويقدر على أخذه بلا تكلف جاز بيعه؛ لأنه يكون حينئذ مقدور التسليم، إذ المعلوم عادة كالواقع، واحتمال كونه لا يعود لا يمنع جواز البيع كاحتمال هلاك المبيع قبل القبض[3].

وعند الشافعية: لا يصح بيع الطير في الهواء وإن اعتاد العودة إلى محله؛ لما فيه من الغرر؛ ولأنه لا يوثق به، لعدم عقله، ولكن إن باع الطير في الهواء لقادر

(١) مفتاح الكرامة ٤: ٢٢٢ و ٢٢٣، وانظر الروضة البهية ١: ٢٨٨.

(٢) شرح النيل ٤: ٧٣ و ٧٤.

(٣) فتح القدير ٥: ١٩٩، وابن عابدين ٤: ١٤٨، والبدائع ٥: ١٤٧.

على رده صح على الصحيح، كما تقدم في بيع الآبق[1]. وهذا في غير النحل، أما النحل فإن كانت أمه خارج الخلية فهو كسائر الطيور، وأما إن كانت في الخلية فإن بيعه يصح للوثوق بعوده، فهو يفترق عن بقية الطيور بأنه غير مقصود للجوارح، وبأنه لا يأكل عادة إلا ما يرعاه، فلو توقفتْ صحة بيعه على حبسه لربما أضر به أو تعذر بيعه بخلاف سائر الطيور[2].

والحنابلة لا يصح عندهم بيع الطير في الهواء، سواء كان الطائر يألف الرجوع أو لا يألفه؛ لأنه لا يقدر على تسليمه وقت البيع، وإنما يقدر عليه إذا عاد، فهم في هذا كالشافعية، ويفرق الحنابلة بين هذا وبين الغائب في مكان بعيد بأن الغائب، وإن كان لا يمكن تسليمه في الحال إلا أن صاحبه يقدر على استحضاره، أما الطير فلا يقدر صاحبه على رده إلا أن يعود بنفسه[3].

وعند الشيعة الإمامية: يصح بيع الطير في الهواء إذا قضت العادة بعوده؛ لأن العادة بمنزلة المتحقق كالدابة المرسلة. وقيل: لا يصح مطلقاً: لانتفاء القدرة على التسليم في الحال. ولأن عوده غير موثوق به إذ ليس له عقل باعث[4].

بيع الحمام في البرج: يجوز عند الحنفية بيع برج الحمام ليلاً، ولا يجوز بيعه نهاراً، لأن بعض الحمام يكون خارج البرج فلا يمكن أخذه إلاّ بالاحتيال[5].

وقال الشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية: يجوز بيع الطير في البرج إذا كان البرج مغلقاً يمكن أخذ الطير منه. أما إن كان البرج مفتوحاً فلا يجوز بيعه؛ لأن الطير في هذه الحالة يكون قادراً على الطيران، فلا يكون تسليمه ممكناً، وكذلك

(١) انظر ص٣٢٣.
(٢) شرح المنهاج ٣:٣٨٦.
(٣) المغني ٤:٢٠١.
(٤) مفتاح الكرامة ٤:٢٢٢.
(٥) ابن عابدين ٤:١٤٨.

لا يجوز البيع عند الشافعية إذا كان الطير في برج كبير لا يقدر على أخذه إلا بتعب، لأنه غير مقدور على تسليمه في الحال[1].

٤ ــ بيـع الديـن

النصـوص:

١ ــ عن ابن عمر: أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء[2] بالكالىء[3].

٢ ــ عن رافع بن خديج أن النبي ﷺ نهى عن بيع كالىء بكالىء، دين بدين[4].

وأرى أنه لا يصح الاعتماد على هذين الحديثين في منع بيع الكالىء بالكالىء؛ لأن أكثر العلماء متفقون على ضعفهما، ولكن هذا لا يعني الحكم

(١) المهذب ١:٢٦٣، والمغني ٤:٢٠١، ومفتاح الكرامة ٤:٢٢٢.
(٢) الكالىء مهموز، ويجوز تخفيفه؛ يقال: كلأ الدين، يكلأ إذا تأخر، فهو كالىء المصباح المنير، ومختار الصحاح، وبيع الكالىء بالكالىء، وهو بيع الدين بالدين.
(٣) رواه الدارقطني، وقد تفرد بهذا الحديث موسى بن عبيدة الربذي، كما قال الدارقطني وابن عدي، وقد قال فيه أحمد: لا تحل الرواية عنه عندي، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره وقال أيضاً: ليس في هذا حديث يصح، ولكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع الدين بدين. وقال الشافعي في هذا الحديث: أهل الحديث يوهنونه نيل الأوطار ٥:٢٥٤ و ٢٥٥، وجواهر الأخبار بأسفل البحر الزخار ٣:٣٣٥، والمغني ٤:٤٦، وعبارة «إجماع الناس» الواردة في المرجعين الأولين لا تتفق مع ما هو معروف من رأي الإمام أحمد عن دعوى الإجماع، وكذلك عبارة ابن قدامة: «وقال أحمد: إنما هو إجماع».
وصحح هذا الحديث الحاكم على شرط مسلم، وهذا وهم منه سببه أنه ظن الحديث من رواية موسى بن عقبة، والصواب أنه من رواية موسى بن عبيدة الربذي. نيل الأوطار ٥:٢٥٤، وتعليق محمد حامد الفقي على المنتقى ٣٢٠ ــ ٣٢٢.
(٤) أخرجه الطبراني، نيل الأوطار ٥:٢٥٤، وفي هذا الحديث موسى الذي تقدم الكلام عنه في حديث ابن عمر.

بجواز بيع الكالىء بالكالىء، لأنه قد يكون هناك دليل آخر للمنع، فلننظر ما قاله الفقهاء في هذا الموضوع.

آراء الفقهاء في بيع الدين

قد يكون لشخص دين على آخر فيرغب صاحب الدين أن يبيع دينه، إما إلى من عليه الدين أو إلى شخص غيره، وفي كل من الحالين قد يبيعه بنقد، وقد يبيعه نسيئة، فبيع الدين قد يكون بالنقد لمن عليه الدين، أو بالنقد لغير من عليه الدين، وقد يكون بالنسيئة لمن عليه الدين، أو بالنسيئة لغير من عليه الدين، وهذه هي الصور الرئيسة لبيع الدين، وهناك صور أخرى فرعية.

فأما بيع الدين بالنسيئة[(١)] وهو بيع الكالىء بالكالىء الذي ورد ذكره في الحديث، فقد حكى بعض العلماء الإجماع على منعه[(٢)]، ولا فرق عندهم بين بيعه لمن عليه الدين أو لغير من عليه الدين. مثال بيع الدين بالدين لمن عليه الدين، أن يقول شخص لآخر: اشتريت منك كذا إردباً من القمح تسلمها لي بعد شهر بكذا جنيها، أدفعها لك بعد شهرين، وهذا هوما يعرف عند الفهقاء بابتداء الدين بالدين[(٣)]، أو أن يسلم الرجل الدراهم في طعام إلى أجل، فإذا حل الأجل يقول الذي عليه الطعام: ليس عندي طعام، ولكن بعني إياه إلى أجل، وهذه الصورة وأمثالها يطلق عليها اسم «فسخ الدين في الدين»؛ لأن ما في ذمة المدين من الدين الأول قد فسخ بالتزام المدين الدين الثاني بدله[(٤)].

ومثال بيع الدين بالدين لغير المدين أن يقول شخص لآخر: بعت لك

(١) يعبر عنه ببيع الدين بالدين، وبيع النسيئة بالنسيئة.
(٢) بداية المجتهد ٢ :١٢٥ . والمغني ٤ :٤٦، وانظر ص٣٢٩.
(٣) الشرح الكبير للدردير ٣ :٥٥.
(٤) الشرح الكبير للدردير ٣ :٥٤.

العشرين إردباً التي لي على فلان بخمسين جنيهاً، تدفعها لي بعد شهر، وهذه الصورة يخصها الفقهاء باسم بيع الدين بالدين[(١)].

وقد جوز المالكية بيع الدين بالدين في بعض الحالات، منها بيع الدين لغير المدين بمعين، أو بمنافع ذات معينة، كما لو كان لرجل على آخر دين فباعه لثالث بسيارة يسلمها له بعد شهر مثلاً، فإن هذا البيع جائز، ومنها تأخير رأس مال السلم إلى ثلاثة أيام إذا كان التأخير شرطاً في العقد، أما إذا لم يكن مشترطاً فيجوز التأخير إلى أكثر من ثلاثة أيام[(٢)].

وأما بيع الدين بالنقد، فقد فرق العلماء بين بيعه لمن عليه الدين، وبيعه لغير من عليه الدين: فمنع أكثرهم بيع الدين لغير المدين، وجوز بيعه للمدين. فممن منع بيع الدين لغير المدين الحنفية[(٣)]، والحنابلة[(٤)]، والظاهرية[(٥)]، والشافعية في وجه[(٦)].

يقول الكاساني: بيع الدين من غير من عليه الدين باطل، لأن الدين إما أن يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة، وإما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه، وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع، والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد، ويكون البيع فاسداً لو شرط التسليم على المديون، لأن شرط التسليم على غير البائع شرط فاسد، فيفسد به البيع.

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣ :٥٤.
(٢) المصدر السابق ص ٥٥، وبداية المجتهد ٢ :٢٠٢.
(٣) البدائع ٥ :١٤٨ و ١٨٠ و ١٨١.
(٤) المغني ٤ :١٢٠، والمحرر ١ :٣٣٨، وفي مذهب الحنابلة رواية بعدم جواز بيع الدين مطلقاً.
(٥) المحلى ٩ :٦، وفيه أن الشعبي سئل عمن اشترى صكاً فيه ثلاثة دنانير بثوب، فقال: لا يصلح، هو غرر.
(٦) المهذب ١ :٢٦٢.

هذا إذا أضاف البيع والشراء إلى الدين بأن قال: بعت منك الدين الذي في ذمة فلان بكذا، أو قال: اشتريت هذا الشيء بالدين الذي في ذمة فلان، أما إن لم يضف العقد إلى الدين، ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذي له عليه جازت الحوالة.

أما بيع الدين ممن عليه الدين فيجوز، لأن المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة إلى التسليم هنا؛ لأن ما في ذمة المدين مسلم له[١].

ويقرر الشيرازي مذهب الشافعية على النحو التالي: الدين إن كان الملك عليه مستقراً كغرامة المتلف وبدل القرض جاز بيعه ممن عليه قبل القبض؛ لأن ملكه مستقر عليه... أما بيعه من غير من عليه الدين ففيه وجهان: أحدهما يجوز؛ لأن ما جاز بيعه ممن عليه جاز بيعه من غيره كالوديعة، والثاني لا يجوز، لعدم القدرة على التسليم، لأن المدين ربما منع الدين أو جحده، وذلك غرر لا حاجة إليه، قال الشيرازي: والأول أظهر لأن الظاهر القدرة على التسليم من غير منع ولا جحود.

أما إن كان الدين غير مستقر، فإن كان مسلماً فيه لم يجز بيعه، لما روى أن ابن عباس رضي الله عنه سئل عن رجل أسلف في حلل دقاق فلم يجد تلك الحلل فقال: آخذ منك مقام كل حلة من الدقاق حلتين من الجل[٢]، فكرهه ابن عباس وقال: خذ برأس المال علفاً أو غنماً، ولأن الملك في المسلم فيه غير مستقر، لأنه ربما تعذر فانفسخ البيع فيه، وإن كان ثمناً في بيع ففيه، قولان: قول بالجواز، لما روى ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع بالدنانير فآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم

(١) البدائع ٥: ١٤٨ و ١٨٠ بتصرف يسير، وينبغي أن يلاحظ أن من الديون ما لا يجوز بيعه قبل القبض مطلقاً نحو رأس مال السلم والمسلم فيه: البدائع ٥: ١٨١.

(٢) الجل ــ بكسر الجيم ــ: الغليظ.

فآخذ الدنانير، فقال رسول الله ﷺ، لا بأس ما لم تتفرقا وبينكما شيء[١]، ولأنه لا يخشى انفساخ العقد فيه بالهلاك، فصار كالمبيع بعد القبض. والقول الآخر بالمنع رواه المزني في جامعه الكبير، لأن ملكه غير مستقر عليه، لأنه قد ينفسخ البيع فيه بتلف المبيع أو الرد بالعيب[٢].

وجوز المالكية بيع الدين بالنقد لغير المدين بشروط تباعد بينه وبين الغرر، وأي محظور آخر. فالشروط التي تبعده عن الغرر هي:

١ ــ أن يكون المدين حاضراً في البلد ليعلم حاله من فقر، أو غنى؛ لأن عوض الدين يختلف باختلاف حال المدين.

٢ ــ أن يكون المدين مقراً بالدين، فإن كان المدين ميتاً أو غائباً عن البلد، أو حاضراً في البلد، ولكنه لم يقر بالدين فلا يجوز بيع دينه ولو ثبت بالبينة[٣] حسماً للمنازعات. جاء في الموطأ: قال مالك: لا ينبغي أن يشتري دين على رجل غائب ولا حاضر إلا بإقرار من الذي عليه الدين، ولا على ميت، وإن علم الذي ترك الميت؛ وذلك أن اشتراء ذلك غرر لا يدري أيتم أم لا يتم...[٤].

(١) ذكر ابن تيمية هذا الحديث في المنتقى، وقال: رواه الخمسة. وقد روى هذا الحديث مرفوعاً وموقوفاً على ابن عمر والأكثرون على وقفه. قال الترمذي: لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب. وقال البيهقي: تفرد برفعه سماك بن حرب. وصحح الحاكم هذا الحديث. نيل الأوطار ٥: ٢٥٤ و ٢٥٥، والترمذي ٥: ٢١، ومسند الإمام أحمد بتعليق الأستاذ أحمد محمد شاكر الحديث ٦٢٣٩.

(٢) المهذب ١: ٢٦٢ و ٢٦٣.

(٣) روى داود بن سعيد عن مالك: إذا ثبت الدين ببينة، وعلم أن الذي عليه الحق حي فلا بأس بذلك. المنتقى ٥: ٧٦.

(٤) الموطأ بهامش المنتقى ٥: ٧٦.

٣ ــ أن يكون المدين ممن تأخذه الأحكام؛ وذلك ليمكن تخليص الدين منه إذا امتنع[١].

ويرى ابن القيم جواز بيع الدين بالدين للمدين ولغيره، ولا يمنع إلا صورة واحدة، وهي ابتداء الدين بالدين، معللاً ذلك بأن فيها شغلاً لذمتين، ذمة البائع وذمة المشتري، من غير فائدة؛ وذلك لأن البائع لم يتسلم الثمن، والمشتري لم يتسلم المبيع، فلم يستفد واحد منهما شيئاً من هذا العقد، ويعتبر ابن القيم النهي عن بيع الكالىء بالكالىء خاصاً بهذه الصورة[٢]. موافقاً في كل ذلك أستاذه ابن تيمية[٣].

ودعوى عدم الفائدة في ابتداء الدين بالدين غير مسلمة، فإن المشتري يصبح بالعقد مالكاً للمبيع والبائع يصبح مالكاً للثمن، وكون التسليم يتأخر إلى أمد لا يذهب بفائدة العقد، ثم إن العاقل لا يقدم على عقد لا مصلحة له فيه، فلو لم يكن للعاقدين غرض صحيح في ابتداء الدين بالدين لما أقدما عليه، والغرض الصحيح في هذا العقد متصور، فقد يعمد التجار لهذا النوع من البيع، لضمان تصريف بضائعهم، أو لأن المسلم إليه لا يرغب في تسلم الثمن عند العقد، ولهذا أجاز المالكية تأجيل الثمن في السلم إلى الأجل القريب.

وأرى جواز بيع الدين مطلقاً، أعني سواء بيع للمدين أو لغيره بنقد أو بدين

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٥٥، وباقي الشروط هي:
١ ــ أن يباع بغير جنسه أو بجنسه بشرط أن يكون مساوياً له.
٢ ــ ألا يكون ذهباً بفضة ولا فضة بذهب.
٣ ــ ألا يكون بين المشتري والمدين عداوة.
٤ ــ أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه.

(٢) إعلام الموقعين ١:٣٤٠ و ٣٤١.

(٣) نظرية العقد لابن تيمية ٢٣٥.

ما دام خالياً عن الربا؛ لأنه لم يرد نص يعتمد عليه في منع أي صورة من هذه الصور، ودعوى عدم القدرة على التسليم غير مسلمة؛ لأن كلامنا في دين معترف به، لا فيما فيه خصومة، ثم إن بيع الدين قد تدعو الحاجة إليه، وفيه مصلحة ظاهرة للمتعاقدين فلا يصح التضييق عليهم بمنعه، وليس فيما ذهبت إليه خروج على آراء الفقهاء، فقد رأينا اختلافهم في بيع الدين بالنقد، وأما دعوى الإجماع على منع بيع الدين بالدين فغير مسلمة، فقد جوزه المالكية في بعض صوره كما ذكرنا، ولعل الصورة المجمع على منعها في بيع الدين بالدين هي ما كان فيه الدين من الأموال الربوية.

بيع الدين في القانون

بيع الدين يقابله في القانون حوالة الحق بعوض، وقد تحدث التقنين المصري في المواد (٣٠٣ ــ ٣١٤) عن حوالة الحق بصفة عامة، وأشارت المادة (٣٠٨) إلى الحوالة بعوض، وليس من غرضنا بيان أحكام حوالة الحق في القانون، فإن كل ما نرمي إليه هو أن نقرر أن القانون يجوز بيع الدين لغير المدين، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون، أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام[١]. ولعل من الخير أن نذكر بهذه المناسبة كلمة عن بيع السندات والكمبيالات فهي صورة من صور بيع الدين السائدة في عصرنا.

بيع السندات:

قد تحتاج شركة من الشركات إلى اقتراض مبلغ كبير من المال، تسدده بعد أجل طويل، ولا تجد شخصاً أو هيئة واحدة تقرضها المبلغ المطلوب

---

(١) انظر الوسيط ٣:٤١٣ وما بعدها. وانظر ما كتبه الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور عن موقف الفقه الإسلامي من حوالة الحق والعلاقة بين بيع الدين والحوالة وذلك في كتابه المدخل للفقه الإسلامي ٦٩٤ ــ ٦٩٧.

فتلجأ إلى الحصول على ما تريد من الجمهور، وذلك بإصدار سندات بالمبلغ الذي تحتاج إليه وعرض هذه السندات على الجمهور لشرائها، على أن يكون لكل سند ربح ـ فائدة ـ محدد في السنة، يأخذه صاحب السند إلى أن ينقضي الأجل فيرد إليه مبلغه. وكثيراً ما تفعل الحكومات هذا، وقد حدث هذا في جمهورية السودان لأول مرة في هذا العام[1]. وهذه السندات قابلة للتداول بالبيع والشراء، فلحامل السند أن يبيعه إلى آخر، ولهذا الآخر أن يبيعه إلى ثالث، وهكذا.

هذه هي الصورة المتعارف عليها في التعامل بالسندات فما حكمها شرعاً؟ واضح من هذا أن السند عبارة عن قرض بفائدة، فهو على هذا داخل في نطاق المعاملات الربوية فيكون إصداره من أول الأمر عملاً غير شرعي، ولكني أريد أن أفترض أن حكومة من الحكومات الإسلامية أو مؤسسة من المؤسسات الخيرية طلبت من الجمهور قرضاً بغير فائدة وأصدرت سندات بذلك، فهل يصح لحاملي تلك السندات بيعها؟ . . .

الجواب: نعم، يصح؛ لأن هذا بيع الدين وقد رجحنا قول من يجوزه، لكن ينبغي ألا يباع السند بثمن أقل من قيمته إذا بيع بنقود، فلو كانت قيمة السند عشرة جنيهات لا يصح أن يباع بتسعة؛ لأن في هذا شبهة الربا على الأقل، إذ أن المشتري سيأخذ عند حلول الأجل أكثر مما أعطى، أما إذا بيع السند بغير النقود، كأن بيع بحيوان مثلاً، فالبيع صحيح، وهذا هو رأيي في بيع جميع الأوراق المالية كالكمبيالات التي يتعامل بها الأفراد فيما بينهم، فلصاحب الكمبيالة التي لم يحل أجلها أن يبيعها بغير النقود، ولا يصح له أن يبيعها بنقود أقل من قيمتها.

(١) قانون القروض المحلية لحكومة السودان، السندات المسجلة ١/٩/١٩٦٤، أمر رقم ٧.

٥ ـ بيع الإنسان ما ليس عنده

النصـوص:[1]

عن حكيم بن حزام قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت: يأتيني الرجل يسألني من البيع ما ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه قال: لا تبع ما ليس عندك[2].

يدل هذا الحديث على أنه لا يجوز أن يبيع الإنسان ما ليس عنده ثم يذهب إلى السوق ويشتريه ليسلمه للشخص الذي باعه له.

وعبارة «ما ليس عندك» تعني ما ليس مملوكاً للبائع، ولا يدخل فيها المعدوم ولا المملوك الغائب عن مجلس العقد، ولا الأشياء المباحة، وذلك هو ما تدل عليه قصة الحديث، فقد روى أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يمكلها، ويأخذ الثمن منهم؛ ثم يدخل السوق فيشتري الأشياء ويسلمها لهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: لا تبع ما ليس عندك[3].

وقد أخذ الفقهاء بهذا الحديث فمنعوا أن يبيع المرء ما لا يملكه وقت العقد بالأصالة عن نفسه، على أن يمضي إلى السوق فيشتريه ويسلمه للمشتري. قال ابن قدامة: ولا نعلم فيه مخالفاً[4].

وعلة المنع هي الغرر الناشيء عن عدم القدرة على التسليم وقت العقد،

(١) وانظر حديث عمرو بن شعيب ص١٠١.

(٢) رواه الخمسة وابن حبان واللفظ للترمذي. وقال الترمذي: حديث حكيم بن حزام حسن قد روى عنه من غير وجه. منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥:٢٥٢ و ٢٥٣، والجامع الصحيح ٣:٥٣٦.

(٣) انظر البدائع ٥:١٦٣ و ١٤٧، وقارن المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٦٦٤ و ٦٦٥ هامش.

(٤) المغني ٤:٢٠٦.

وما قد يترتب على ذلك من النزاع، فإن البائع قد لا يجد المبيع في السوق والمشتري يطالبه به ولا يرضى إمهاله؛ لأن العقد تم على أن يسلمه المبيع في الحال، ولأن بيع الإنسان ما لا يملكه بطريق الأصالة عن نفسه تمليك لما لا يملك، وهو محال كما يقول الكاساني[1]. ونكتفي بإيراد نصين: أحدهما للحنفية، والآخر للمالكية:

جاء في ابن عابدين: من شرائط البيع كون المعقود عليه مملوكاً للبائع فيما يبيعه لنفسه، فلا ينعقد ما ليس مملوكاً له وإن ملكه بعده[2].

فبيع المرء ما ليس في ملكه باطل عند الحنفية.

ويقول الباجي: يجب أن يكون المبيع معيناً ويكون في ملك بائعه، فإن لم يكن في ملكه وكان معيناً لم يصح، لما فيه من الغرر؛ لأنه لا يمكنه تخليصه وإذا لم يقدر على تخليصه لم يمكن تسليمه، وما لا يمكن تسليمه لا يصح بيعه، ولذلك لم يجز بيع العبد الآبق، والجمل الشارد، والطائر في الهواء والسمك في البحر، وغير ذلك مما لا يقدر على تسليمه[3].

وأرى أن عدم جواز بيع ما ليس عند البائع خاص فيما كان فيه البيع حالاً كما يستفاد من قصة الحديث، ولأن هذه هي الحالة التي يتصور فيها النزاع، أما لو تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعد مدة من الزمن، فإن هذا لا يدخل في بيع ما ليس عند الإنسان المنهي عنه... ولهذا فلا ينبغي أن يقال: إن بيع الاستيراد

(١) البدائع ٥:١٤٧.

(٢) وفيه: ويستثنى من هذا السلم والمغصوب لو باعه الغاصب، ثم ضمن قيمته، وبيع الفضولي فإنه ينعقد موقوفاً، وبيع الوكيل فإنه بيع نافذ. حاشية ابن عابدين ٤:٧. وفي استثناء بيع الفضولي والوكيل نظر لأنهما لا يبيعان لنفسهما.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٤:٢٨٦، وانظر ٥:٧٧. وانظر في مذهب الشافعية المهذب ١:٢٦٧، والمختصر النافع في فقه الإمامية ١٤٣. وشرح النيل في فقه الإباضية ٤:١٣٢.

المتعارف عليه عند التجار يتناوله النهي عن بيع ما ليس عند البائع، لأن بيع الاستيراد مدخول فيه على تأجيل المبيع، وبيع ما ليس عند البائع المنهي عنه مدخول فيه على تسليم المبيع في الحال[1].

بيع ملك الغير في القانون

لا يشترط القانون ملك البائع للمبيع إلا إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات وقصد بالبيع نقل الملكية في الحال، وهذاهو ما يطلق عليه القانون «بيع ملك الغير» وهو بيع قابل للإبطال من قبل المشتري، فعلى هذا لا تشترط ملكية البائع للمبيع في بيع الشيء غير المعين بالذات، كبيع إردب من الذرة، وفي بيع الأشياء المستقبلة، كما لا يشترط ملكيته للمبيع إذا باع شيئاً معيناً بالذات، وعلق البيع على ملكه للمبيع[2].

فالقانون يختلف عن الفقه الإسلامي في أنه يجوز بيع الإنسان ما لا يملكه إذا كان شيئاً غير معين بالذات، سواء قصد بالبيع نقل الملكية في الحال أو بعد أجل، في حين أن الفقه الإسلامي يمنع هذا البيع إذا قصد به نقل الملكية في الحال،

(١) يرى البغوي أن النهي في الحديث خاص ببيع الأعيان التي لا يملكها البائع، أما لو باع شيئاً موصوفاً في الذمة فإن البيع يصح ويكون سلماً تطبق عليه شروط السلم: نيل الأوطار ٥:٢٥٢، وهذا يشبه وجهة نظر القانون في تحديد بيع ملك الغير. ولا أوافق البغوي على هذا الفهم لأن الظاهر من قصة الحديث أن حكيم بن حزام ما كان يبيع أشياء معينة بالذات، لأنه لا يتأتى أن يكون ما يبيعه معيناً بالذات ثم يذهب ويشتريه من السوق. وانظر زاد المعاد ٤:٢٦٢ ــ ٢٦٦، والبيوع والمعاملات المالية المعاصرة للدكتور محمد يوسف موسى ١٨٩ ــ ١٩٥.

(٢) انظر المواد ٤٦٦ ــ ٤٦٨، والمذكرة الإيضاحية ٤:١٩٣، والوسيط للدكتور السنهوري ٤:٢٦٨ ــ ٣٧٥، وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١:١٠٠ ــ ١٠٧، ويلاحظ أن الدكتور الشرقاوي انتهى في بحثه بيع ملك الغير إلى أن ملكية البائع للمبيع ليست من شروط صحة البيع.

ولا يجيزه إلا في السلم بشروطه على رأي الشافعية الذين يجوزون السلم حالاً، ويختلف القانون أيضاً عن الفقه الإسلامي في أنه يجوز البيع إذا علقه البائع على ملكيته للمبيع، ولو كان معيناً بالذات، وقد رأينا أن جمهور الفقهاء لا يجيزون تعليق البيع(١)، كما يختلف القانون عن الفقه في حكم بيع ملك الغير، فهو بيع باطل بطلاناً مطلقاً في الفقه الإسلامي، في حين أنه في القانون قابل للإبطال لمصلحة المشتري.

٦ ــ بيع ما لم يقبض

النصـوص: (٢)

١ ــ عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى أن يبيع الرجل طعاماً حتى يستوفيه، قلت لابن عباس: كيف ذلك؟ قال: ذلك دراهم بدراهم، والطعام مرجأ(٣).

٢ ــ عبد الله بن دينار قال: سمعت ابن عمر رضي الله عنهما يقول: قال النبي ﷺ: من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه(٤).

٣ ــ عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى أن يبيع أحد طعاماً اشتراه بكيل حتى يستوفيه(٥).

---

(١) انظر ص١٥٩.

(٢) انظر أحاديث النهي عن بيع الجزاف قبل نقله في ٢٥٤.

(٣) رواه البخاري. صحيح البخاري ٣:٦٨، وفي رواية للبخاري أن سفيان قال: الذي حفظناه من عمرو بن دينار سمع طاوساً يقول: سمعت ابن عباس رضي الله عنهما يقول: أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض. قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله. المصدر السابق، وانظر صحيح مسلم ١٠:١٦٨ والترمذي ٣:٥٨٦، وانظر أيضاً منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥:٣٥٦.

(٤) رواه البخاري ومالك. صحيح البخاري ٣:٦٨، والموطأ ٤:٢٧٩، وانظر أيضاً منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٥:٢٥٦.

(٥) رواه أبو داود والنسائي. سنن أبي داود ٣:٣٨١، وسنن النسائي ٧:٢٨٦.

٤ ــ عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: من اشترى طعاماً بكيل أو وزن فلا يبيعه حتى يقبضه(١).

٥ ــ مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أنه قال: كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام فيبعث علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه(٢).

٦ ــ عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: من اشترى طعاماً فلا يبيعه حتى يكتاله(٣).

٧ ــ عن أبي الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله يقول: كان رسول الله ﷺ يقول: إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه(٤).

٨ ــ عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله. إني أشتري بيوعاً، فما يحل لي منها وما يحرم علي؟ قال: فإذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه(٥).

---

(١) رواه أحمد. مسند الإمام أحمد ١:١١١.

(٢) أخرجه مالك، وأحمد، الموطأ بهامش المنتقى ١:٢٨٣ والمسند ٤:٥٦.

(٣) رواه مسلم، صحيح مسلم ١٠:١٧١ وانظر المنتقى مع نيل الأوطار ٥:٢٥٦.

(٤) رواه مسلم، صحيح مسلم ١٠:١٧٢ وانظر أيضاً المنتقى مع نيل الأوطار ٥:٢٥٦.

(٥) رواه أحمد، وأخرجه أيضاً الطبراني في الكبير، المسند ٣:٣٠٢، ومنتقى الأخبار ٥:٢٥٦، وفيه «شيئاً» بدل «بيعاً» ونيل الأوطار ٥:٢٥٦، وقال الشوكاني: في إسناد هذا الحديث العلاء بن خالد الواسطي، وقد اختلف فيه، فوثقه ابن حبان، وضعفه موسى بن إسماعيل.
وقال ابن رشد: قال أبو عمر: حديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبي كثير عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصمة حدثه أن حكيم بن حزام قال... ويوسف بن ماهك وعبد الله بن عصمة لا أعرف لهما جرحة إلا أنه لم يرو عنهما إلا رجل واحد فقط، وذلك في الحقيقة ليس بجرحة وإن كرهه جماعة من المحدثين، بداية المجتهد ٢:٤٥.
وقال ابن حزم عن عبد الله بن عصمة: متروك، ولكن ابن حزم روى هذا الحديث عن طريق آخر ليس فيه عبد الله بن عصمة وقال: إنه سند صحيح. المحلى ٨:١٩. اهـ.

٩ ــ عن ابن عمر قال: ابتعت زيتاً في السوق فلما استوجبته لنفسي لقيني رجل فأعطاني به ربحاً حسناً فأردت أن أضرب على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت، فإذا زيد بن ثابت فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم[١].

ما يستفاد من الأحاديث:

تدل هذه الأحاديث على نهي من اشترى طعاماً أن يبيعه قبل قبضه، سواء أكان الطعام معيناً، بأن اشتراه جزافاً، أم غير معين بأن اشتراه على الكيل أو الوزن، وذلك لأن بعض الأحاديث ذكر فيها الطعام مطلقاً، وهي أكثر الأحاديث وكلها متفق على صحتها، وبعضها ذكر فيه مقيداً بالجزاف، وهو حديث ابن عمر المتفق على صحته أيضاً، وفي حديث آخر لابن عمر جاء الطعام مقيداً بالكيل، وفي حديث له أيضاً جاء مقيداً بالكيل والوزن، وهذان الحديثان مقبولان أيضاً، وإن كانا دون مرتبة الأحاديث المطلقة والمقيدة بالجزاف، فمن أجل هذا أخذنا بها جميعاً.

هل النهي للتحريم أم للكراهة؟

النهي الوارد في الحديث للتحريم؛ لأن الأصل في صيغة النهي أن تكون للتحريم، إلا إذا وجدت قرينة تصرفها إلى الكراهة[٢]، وليست هنا قرينة صارفة عن التحريم، بل قد جاء في بعض الروايات الصحيحة ما يؤكد التحريم، وهو أن

---

(١) رواه أبو داود، والدارقطني. سنن أبي داود ٣:٣٨٣، ومنتقى الأخبار ٥:٢٥٦، وأخرجه أيضاً الحاكم وابن حبان. نيل الأوطار ٥:٢٥٦، وفي إسناد هذا الحديث أحمد بن خالد الوهبي، وقد قال فيه ابن حزم: إنه مجهول. المحلى ٨:٥٢٣، ولكن الحاكم وابن حبان صححا هذا الحديث. نيل الأوطار ٥:٢٥٦.

(٢) انظر تفسير النصوص في الفقه الإسلامي للدكتور محمد أديب صالح ٨٧٩.

الناس كانوا يضربون في عهد رسول الله ﷺ إذا اشتروا طعاماً جزافاً أن يبيعوه قبل تحويله من مكانه[١] والعقوبة بالضرب لا تكون إلا على أمر محرم.

بيع الطعام قبل قبضه فاسد:

وإذا ثبت أن النهي للتحريم فإن بيع الطعام قبل قبضه يكون فاسداً، وهذ هو ما جرى عليه العمل في عهد الصحابة، فقد كان عمر بن الخطاب ينهي عن بيع الطعام قبل قبضه ويرد البيع إذا وقع، ولا يكون الرد إلا إذا كان البيع غير صحيح. فقد روى مالك عن نافع أن حكيم بن حزام ابتاع طعاماً أمر به عمر بن الخطاب للناس، فباع حكيم الطعام قبل أن يستوفيه، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب فرده عليه، وقال: لا تبع طعاماً ابتعته حتى تستوفيه[٢].

وكذلك روى أن مروان بن الحكم أمر برد البيع في الصكوك التي بيعت قبل أن تستوفي بعد استنكار من زيد بن ثابت وأبـي هريرة. فقد روى مالك في الموطأ أنه بلغه أن صكوكاً[٣] خرجت للناس في زمان مروان بن الحكم من طعام الجار[٤]، فتبايع الناس تلك الصكوك بينهم قبل أن يستوفوها، فدخل زيد بن

---

(١) انظر ص٢٥٤.

(٢) الموطأ ٤:٢٨٤. انظر كيف يصدر هذا من حكيم، مع أنه هو نفسه روى أن الرسول ﷺ قال له: «إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه»، هذا الخبر في نظري يقوى رأى القائلين بضعف الحديث المروي عن حكيم.

(٣) الصكوك جمع صك، وهو الورقة المكتوبة بدين، والمراد بها هنا الورقة التي تخرج من ولي الأمر بالرزق لمستحقه بأن يكتب فيها لفلان كذا وكذا من طعام أو غيره، ومن هذه الصكوك ما يكون بعمل كأرزاق القضاة والعمال، ومنها ما يكون بغير عمل كالعطاء لأهل الحاجة والظاهر أن تلك الصكوك كانت من الطعام. النووي على مسلم ١٠:١٧١ والمنتقى على الموطأ ٤:١٨٥.

(٤) الجار موضع بساحل البحر يجمع فيه الطعام، ثم يفرق على الناس بصكاك، الزرقاني على الموطأ ٣:٢٨٨.

ثابت، ورجل من أصحاب النبي ﷺ على مروان بن الحكم فقالا: أتُحِلُّ الربا يا مروان؟ فقال: أعوذ بالله، وما ذاك؟ فقال: هذه الصكوك تبايعها الناس ثم باعوها قبل أن تستوفى، فبعث مروان بن الحكم الحرس يتبعونها ينزعونها من أيدي الناس ويردونها إلى أهلها[1]. وجاء مثل هذا الخبر في المعنى عن أبي هريرة[2]، ولعله هو الصحابي الذي كان مع زيد بن ثابت، وأشار إليه مالك من غير ذكر اسمه.

ما المراد بالطعام؟ وما المراد بالقبض؟

وإذا كنا قد انتهينا إلى أن بيع الطعام قبل قبضه فاسد، فعلينا أن نحدد المراد بهاتين الكلمتين: الطعام والقبض.

المراد بالطعام:

يرى بعض الفقهاء أن الطعام يطلق على القمح خاصة، ويؤيدون رأيهم بما روى البخاري عن أبي سعيد الخدري قال: «كنا نخرج زكاة الفطر صاعاً من طعام، أو صاعاً من شعير، أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من أقط، أو صاعاً من زبيب»[3]. فإن ظاهر هذا الخبر أن الطعام غير الشعير وما ذكر بعده، وقد حكى الخطابي: أن المراد بالطعام هنا الحنطة أي القمح، وأن الطعام اسم خاص للقمح، وقد كانت لفظة الطعام تستعمل في القمح عند الإطلاق، حتى إذا قيل: اذهب إلى سوق الطعام، فهم منه سوق القمح[4].

ويرى آخرون أن الطعام لا يختص بالقمح، وإنما يشمل كل ما تعارف الناس على إطعامه، ويؤيدون رأيهم بما رواه البخاري عن أبي سعيد الخدري أيضاً.

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٤: ٢٨٥.
(٢) النووي على مسلم ١٠: ١٧١.
(٣) صحيح البخاري ٢: ١٣١.
(٤) فتح الباري ٣: ٢٩١.

قال: كنا نخرج في عهد رسول الله ﷺ يوم الفطر صاعاً من طعام، وقال أبو سعيد: وكان طعامنا الشعير والزبيب والأقط والتمر. فهذا نص في أن الطعام يطلق على غير القمح، فلعل أبا سعيد أجمل الطعام في الحديث الأول ثم فسره، أو أراد طعاماً آخر غير القمح، لأن القمح لم يكن قوتاً في زمن النبي ﷺ، وإنما كان في زمن معاوية[1].

والذي أرجحه أن الطعام في الحديث يشمل كل ما يطعم من قمح وشعير وسائر أنواع المطعومات، سواء كانت مأكولات كالتمر والفاكهة، أو كانت من الأدم كالزيت والعسل؛ لأنه يستعمل لغة في كل هذا. وإن كانت العرب أطلقته على القمح أحياناً، كما أطلقت المال على الإبل.

ولم أجد تعليلاً مقبولاً لقصره على القمح في هذا الحديث، وكون الطعام قد أطلق في بعض الأحاديث على القمح لا يعني أنه قد أصبح خاصاً به؛ لأنه أطلق في أحاديث أخرى على غير القمح أيضاً[2].

المراد بالقبض:

نهت بعض الأحاديث عن بيع الطعام قبل كيله، وهذا لا يكون إلا فيما بيع على الكيل، ونهت بعضها عن بيعه قبل تحويله من مكانه، وخصصت بعضها هذاالحكم بالجزاف، في حين أن بعضاً آخر نهى عن بيع ما اشترى جزافاً من الطعام قبل أن يحوزه التجار إلى رحالهم، وجاء في بعض الأحاديث النهي عن بيع الطعام قبل الاستيفاء، وفي بعضها النهي قبل القبض من غير تقييد بهيئة خاصة للقبض أو الاستيفاء.

ونستطيع أن نأخذ من هذا أن القبض في المكيل ونحوه يكون باستيفاء قدره،

(١) فتح الباري ٢: ٢٩١، و ٢٩٢.
(٢) انظر، القاموس المحيط، وأساس البلاغة للزمخشري، والنهاية لابن الأثير.

وأن القبض في الجزاف يكون بتحويله إلى رحل المشتري أو إلى أي مكان آخر غير المكان الذي بيع فيه، ولم تتعرض الأحاديث للقبض في غير الجزاف والمكيل فيرجع فيه إلى العرف.

هل النهي خاص بالطعام؟

خصصت كل الأحاديث المتفق على صحتها النهي عن البيع قبل القبض بالطعام، وهذا يدل بمفهومه على إباحة بيع ما عدا الطعام قبل قبضه؛ لأن تخصيص النبي ﷺ الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليل على مخالفة غيره له، وهذا رأي له وجاهته، ولكن مع هذا لا أرى الأخذ به، للأسباب الآتية:

١ ــ علة النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، سواء كانت الربا أو الغرر، موجودة في بيع غير الطعام قبل قبضه فيجب أن يسوي بينهما في الحكم.

٢ ــ قول ابن عباس: «ولا أحسب كل شيء إلا مثله» يعني أن غير الطعام ينبغي أن يقاس على الطعام الثابت النهي عن بيعه قبل قبضه بالسنة، وهذا من تفقه ابن عباس، كما يقول ابن حجر[1]، وابن عباس هو راوي الحديث وهو أعرف بمرماه.

٣ ــ حديث حكيم بن حزام الذي جاء فيه: «إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه» وحديث زيد بن ثابت الذي ورد فيه النهي عن بيع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم. فإن كلمة «بيع» و «السلع» عامة تشمل الطعام وغيره.

وهذا الحديثان وإن كان في كل منهما مقال إلا أن القياس الصحيح، وقول ابن عباس يقويان الأخذ بهما، ولا يصح تخصيصهما بمفهوم الحديث الخاص؛ لأن الطعام، كما يقول ابن القيم، وإن كان مشتقاً فاللقبية أغلب عليه حيث لم يرد معنى يقتضي اختصاص النهي به دون سواه، كما لا يصح تقديم حديث النهي عن

(١) فتح الباري ٤ :٢٧٨، المطبعة البهية.

بيع الطعام على هذين الحديثين؛ لأنه لا تعارض بينهما، إذ لا مانع من ذكر الشيء بحكم، وذكر بعضه بذلك الحكم، فالعمل ممكن بكل هذه الأحاديث فوجب الأخذ بها كلها.

لهذا فإني أرى أن ذكر الطعام لم يقصد به التخصيص، وإنما خرج مخرج الغالب؛ لأنه أكثر ما يتعامل فيه الناس، فالنهي إذن يتناول الطعام وغيره، منقولاً كان أو عقاراً.

هل النهي عن البيع قبل القبض خاص فيما ملك بالشراء؟

كل الأحاديث تدل على أن النهي عن البيع قبل القبض هو فيما ملك بالشراء خاصة، ما عدا حديث ابن عباس فإنه لم يصرح فيه بذلك، ولكن تعليل ابن عباس للنهي يشير إشارة واضحة إلى أنه فيما ملك بالشراء، فإن قوله: «ذلك دراهم بدراهم والطعام مرجأ» يعني أن الشخص إذا دفع مائة درهم في طعام ثم باعه قبل أن يقبضه بمائة وعشرين درهماً فكأنما باع مائة درهم بمائة وعشرين، وهذا واضح في بيع ما اشترى قبل قبضه؛ ولهذا فإني أرى حمل حديث ابن عباس على سائر الأحاديث، فيكون المنهي عنه بالنص هو البيع قبل القبض فيما ملك بعقد البيع، وأما ما ملك بالعقود الأخرى أو ما ملك بغير عقد كالإرث فإن النص لا يتناوله، ولكن القياس يقضي بإلحاق ما تتحقق فيه العلة بالبيع، وإذا نظرنا إلى علة المنع وهي الغرر أو الربا أو هما معاً، نجد أن العلتين تتحققان معاً فيما ملك بعقد البيع، وأن علة الربا مقصورة على البيع لا تتعداه لغيره من العقود[1]، أما علة الغرر، فإنها تتحقق في كل أسباب الملك حتى الإرث؛ لأن المال الموروث إذا بيع قبل قبضه قد يهلك قبل القبض، فيعجز البائع عن التسليم، ولكن علة الغرر هذه أقوى فيما ملك بالبيع منها في غيره، لأن فيه غرر انفساخ العقد بهلاك المحل كما يقول الحنفية، وغرر انفساخه بجحود البائع الأول واحتياله إذا رأى البائع الثاني ربح فيه

(١) من الغريب أن المالكية الذين يعللون المنع بالربا ألحقوا أكثر عقود المعاوضات بالبيع.

ربحاً كثيراً كما يقول ابن تيمية[١]، ولهذا فإني أرى الوقوف عند النص فلا نمنع البيع قبل القبض إلا فيما ملك بالشراء وحده، وذلك لضعف علة المنع فيما ملك بأسباب التملك الأخرى.

ونتقل بعد هذا إلى بيان ما قاله الفقهاء في هذا الموضوع:

آراء الفقهاء في حكم التصرف فيما لم يقبض

إذا ملك إنسان شيئاً وأراد أن يتصرف فيه بالبيع أو غيره قبل أن يقبضه فهل يجوز له ذلك؟ اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فمنهم من أجاز ذلك مطلقاً، ومنهم من منعه مطلقاً، ومنهم من أجازه في بعض الأشياء، وفي بعض التصرفات دون بعض، وسنبين هنا حكم البيع فيما لم يقبض، أما سائر التصرفات فسنذكر حكمها في أماكنها[٢].

ويستحسن أن نبين أولاً المراد بالقبض عند الفقهاء ثم نذكر الحكم بعده:

المراد بالقبض:

في العقار: إذا كان محل العقد عقاراً فإن قبضه يكون بالتخلية بينه وبين من انتقل إليه الملك، بحيث يتمكن من الانتفاع به الانتفاع المطلوب عرفاً، وهذا لا خلاف فيه لأنه هو الممكن[٣].

في المنقول: أما إذا كان محل العقد مما يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر، فقد اختلف الفقهاء في تحديد القبض بالنسبة له. فقال الحنفية: القبض في المنقول كالقبض في العقار يكون بالتخلية إلا في المكيل والموزون ونحوهما فإن

(١) انظر الكلام عن علة منع بيع الشيء المملوك قبل قبضه.

(٢) انظر الباب الثاني: أثر الغرر في غير البيع.

(٣) ابن عابدين ٤:٢٢٦ والدسوقي على الشرح الكبير ٣٠:١٢٦، والبحر الزخار ٣:٣٧٠، والمجموع شرح المهذب ٩:٢٨٣. ، والمغني ٤:١١١، والمحلى ٨:٥١٨.

قبضه يكون باستيفاء قدره[١]، والمشهور عن المالكية أن المنقول إن كان جزافاً فقبضه بالتخلية[٢]، وإن كان مقدراً فباستيفاء قدره، وإن كان حيواناً أو ثياباً أو دراهم ونحوها فالمرجع فيه إلى العرف[٣].

وقال الشافعية: القبض في المنقول يرجع فيه إلى العرف، فما جرت العادة بنقله وتحويله من مكانه، كالأخشاب والحبوب فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به، وما جرت العادة بتناوله باليد كالدراهم والثوب والكتاب ونحوها فقبضه بالتناول[٤].

وعند الحنابلة: قبض كل شيء بحسبه، فما ينقل ويحول إن كان جزافاً فقبضه بنقله، وإن كان مكيلاً ونحوه فقبضه بكيله، وإن كان دراهم ونحوها فقبضه بتناوله باليد؛ وذلك لأن القبض ورد مطلقاً في الشرع، فيجب الرجوع فيه إلى العرف، والعرف جرى بقبض هذه الأشياء بهذه الصفة، وقد جاء في الحديث ما يدل على أن قبض الجزاف بنقله وتحويله من مكانه.

وروى أبو الخطاب عن أحمد: أن القبض في كل شيء بالتخلية مع التمييز؛ لأنه ما دام البائع قد خلى بين المشتري والمبيع من غير حائل، فإن المشتري يعتبر قابضاً للمبيع كما في العقار[٥].

والقبض عند الشيعة الزيدية، والإمامية يكون بالتخلية فلا فرق عندهم بين العقار والمنقول؛ لأن الاستيلاء يحصل بالتخلية، وفي مذهب الإمامية قول بأن القبض في القماش هو الإمساك باليد، وفي الحيوان هو نقله[٦].

(١) ابن عابدين ٤:٢٢٦.

(٢) الرواية الأخرى أن الجزاف قبضه بنقله من مكانه.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣:١٢٦ والمنتقى ٤:٢٧٩ ـ ٢٨٣.

(٤) المجموع شرح المهذب ٩:٢٧٥، ٢٧٦ و ٢٨٣.

(٥) المحرر ص ٣٢٣، والمغني ٤:١١١، ١١٢ و ١٢٤.

(٦) البحر الزخار ٣:٣٦٩، والمختصر النافع ١٤٨.

ويفرق الظاهرية بين الطعام وغيره، والطعام عندهم هو القمح خاصة، فالقبض في غير الطعام يكون بأن يطلق البائع يد المبتاع عليه بألا يحول بينه وبين ما اشتراه، أي بالتخلية. أما الطعام فلا يتم قبضه إلا إذا نقل من مكانه الذي هو فيه إلى مكان آخر إن بيع جزافاً، وإلا إذا كاله المبتاع إن بيع على الكيل[١].

والذي أرجحه من هذه الآراء أن المنقول إذا كان مقدراً فقبضه يكون باستيفاء قدره، وهو مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة، وإذا كان جزافاً فقبضه بنقله من مكانه، وهو مذهب الحنابلة ورواية عند المالكية، وفيما عدا الجزاف والمقدر يكون القبض ما يعتبره العرف قبضاً، وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، وذلك عملاً بالأحاديث الصحيحة المصرحة بالأمر بالكيل فيما بيع بالكيل، والأحاديث المصرحة بالنهي عن بيع الجزاف حتى ينقل، وعملا بالعرف فيما لم يرد فيه نص.

حكم بيع ما لم يقبض:

المجـوزون:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن القبض ليس شرطاً في صحة البيع، فيجوز عندهم بيع كل شيء قبل قبضه، نقل هذا الرأي عن عطاء[٢]، وعثمان البتي[٣] من غير استدلال عليه. وللشيعة الإمامية قولان في بيع ما لم يقبض، قول بالكراهة. وحجته أن النهي الوارد في الأحاديث الصحيحة محمول على الكراهية؛ جمعاً بينها وبين ما دل على الجواز، وقول بالحرمة، وقد رجح الشيخ الحلي القول

(١) المحلى ٨: ٥١٨ و ٥٢١ و ٥٢٣.

(٢) المحلى ٨: ٥٢٠.

(٣) النووي على مسلم ١٠: ١٧٠، قال النووي: وهو قول شاذ، وقال ابن عبد البر: وهذا قول مردود بالسنة، والحجة المجمعة على الطعام، وأظنه لم يبلغه الحديث، ومثل هذا لا يلتفت إليه.

بالكراهة، وهذا نص عبارته: «ولا بأس ببيع ما لم يقبض، ويكره فيما يكال أو يوزن، وتتأكد الكراهية في الطعام، وقيل: يحرم»[١]. ورجح الشهيد الثاني القول بالحرمة وها هي عبارته: «والأقوى التحريم وفاقاً للشيخ رحمه الله في المبسوط مدعياً الإجماع، والعلامة رحمه الله في التذكرة والإرشاد، لضعف روايات الجواز المقتضية لحمل النهي في الأخبار الصحيحة على غير ظاهره»[٢].

المانعـون:

اتفق جمهور الفقهاء على أن هناك أشياء لا يجوز بيعها قبل قبضها؛ عملا بالأحاديث الصحيحة المصرحة بالنهي عن بيع بعض الأشياء قبل قبضها، بل إن ابن المنذر قد حكى الإجماع على هذا، ولكن جمهور الفقهاء اختلفوا بعد ذلك في تحديد هذه الأشياء التي لا يجوز بيعها قبل قبضها، كما اختلفوا في هل هذا الحكم عام في كل أسباب التملك أم خاص ببعضها دون بعض؟[٣].

وسنذكر فيما يلي آراءهم مفصلة في هذين الموضوعين:

ما يجوز بيعه قبل قبضه وما لا يجوز:

لا يجوز عند الحنفية أن يبيع المشتري المنقول قبل القبض، لأن في هذا البيع غرراً؛ لأنه لا يدري هل يبقى المبيع أم يهلك قبل القبض، فيبطل البيع الأول، فينفسخ الثاني؛ لأنه مبني على الأول، ولا فرق بين أن يبيعه من بائعه أو من غيره؛ لأن علة المنع تصدق على الحالين.

أما العقار[٤] فيجوز بيعه قبل قبضه عند الشيخين استحساناً؛ لأن تلف العقار

(١) المختصر النافع ١٤٨.

(٢) الروضة البهية ٢٩٣ ولم أطلع على دليل الجواز الذي يشيرون إليه.

(٣) بداية المجتهد ٢: ١٤٤، والمغني ٤: ١٠٩.

(٤) العقار عند الحنفية هو ما لا يمكن نقله من مكان لآخر، والمنقول ما يمكن نقله من مكان لآخر سواء بقي على حالته أو تغير، فهو يشمل كل شيء غير الأرض. انظر المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ٤٧٣ ط أولى.

غير محتمل فانتفى الغرر. وقال محمد، وزفر: لا يجوز بيعه قبل قبضه كالمنقول، لأن الحديث الوارد فيه النهي عن بيع ما لم يقبض لم يفرق بين العقار والمنقول، أما الشيخان فيريان أن النهي معلل بخشية هلاك المبيع قبل تسليمه، وهذا محتمل في المنقول دون العقار، ولذا لو كان العقار يخشى هلاكه قبل القبض، بأن كان على شط النهر أو في موضع لا يؤمن أن تغلب عليه الرمال، فهو كالمنقول لا يجوز بيعه قبل قبضه عند الجميع[1].

ويفرق المالكية بين الطعام وغيره، فغير الطعام يجوز بيعه قبل قبضه عقاراً كان أو منقولاً، مكيلا أو غير مكيل، مستدلين بحديث: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه» ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ خص هذا الحكم بالطعام فدل ذلك على أن غير الطعام مخالف له، غير أنه إذا بيع على الكيل أو الوزن فلا يجوز للمشتري أن يبيعه قبل قبضه بثمن مؤجل، وذلك لأن ضمان المكيل والموزون من البائع حتى يستوفي، فإذا باعه للمشتري بثمن مؤجل قبل أن يستوفيه كان ذلك من بيع الكالىء بالكالىء[2].

أما الطعام[3] فإن بيع جزافاً يجوز للمشتري أن يبيعه قبل قبضه، أي قبل أن ينقله من مكانه، وذلك لأن الجزافَ عندهم يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد، لأن استيفاءه يكون بتمام العقد، وقد روى الوقار، عن مالك: أنه لا يجوز بيع شيء من المطعومات، بيع على الكيل أو الوزن أو العدد أو على الجزاف، قبل قبضه، وحكى القاضي أبو محمد: أن مالكاً استحب أن يباع بعد نقله، ليخرج من

(١) الأصل لمحمد ٩١، والبدائع ٥: ١٨٠، وابن عابدين ٤: ٢٢٤.
(٢) القوانين الفقهية: ٣٤١، والمنتقى شرح الموطأ ٤: ١٥٨ و ١٦٢ و ٣٨٠ و ٥: ٣٥، وانظر ص٣٢٩. وما بعدها.
(٣) والطعام عندهم يشمل كل ما تجب فيه الزكاة من الحبوب والأدم بجميع أنواعها. الموطأ ٤: ٢٨٩.

الخلاف[1]. وإن لم يبع الطعام جزافاً بأن بيع مكايلة أو موازنة أو عدا فلا يجوز بيعه قبل قبضه، سواء أكان الطعام ربويا أم غير ربوي على الأشهر، وروى ابن وهب عن مالك جواز بيع غير الربوي قبل قبضه[2].

أما الشافعية فلا يجوز عندهم بيع أي مبيع قبل قبضه طعاماً أو غيره، منقولاً أو عقاراً، لا بإذن البائع ولا بغير إذنه، لا بعد أداء الثمن ولا قبله؛ وذلك لحديث حكيم بن حزام، وحديث زيد بن ثابت[3].

وأما الحنابلة فقد اختلفت الروايات في مذهبهم فروى عنهم أن القبض شرط في المقدرات، فمن اشترى مكيلا، أو موزوناً، أو معدوداً، أو مذروعاً، لم يجز تصرفه فيه قبل قبضه، سواء كان متعيناً كالصبرة أو غير متعين كقفيز منها.

أما غير المقدرات فيجوز تصرف المشتري فيها قبل قبضها على المشهور، وقال القاضي وأصحابه، إذا كان المقدر معيناً كالصبرة يبيعها من غير تسمية كيل فإنه يجوز للمشتري التصرف فيها قبل قبضها، وقال ابن عبد البر: الأصح عن أحمد أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام وحده، معيناً أو غير معين؛ للأحاديث الدالة على ذلك، وحكى أبو الخطاب عن أحمد: أن القبض شرط في كل مبيع، فلا يجوز بيع شيء قبل قبضه، واختار هذه الرواية ابن عقيل، لقول ابن عباس: «أرى كل شيء بمنزلة الطعام»[4].

والشيعة الزيدية كالشافعية لا يجوز عندهم بيع شيء قبل قبضه؛ لحديث

(١) القوانين الفقهية ٢٤٩، وبداية المجتهد ٢: ١٤٦ و ١٤٧، والمنتقى ٤: ٢٨٣، ٢٨٤.
(٢) القوانين الفقهية ٢٤٩، وبداية المجتهد ٢: ١٤٤ و ١٤٥، والمنتقى ٤: ٢٧٩ و ٢٨٠ و ٢٨٩، وانظر فيه دليل كل من الروايتين.
(٣) المجموع شرح المهذب ٩: ٢٦٤ و ٢٧١.
(٤) المغني ٤: ١٠٧ ـ ١١١ و ١١٣ و ١٢٤، والمحرر ٣٢٢.

حكيم: «إذا ابتعت مبيعاً فلا تبعه حتى تستوفيه» وهو عام في جميع المبيعات[1]، ومثلهم الظاهرية[2].

وروى عن عثمان بن عفان، وسعيد بن المسيب، وابن سيرين، والحسن، والحكم، وحماد بن أبي سليمان، والأوزاعي، وإسحق، وأبي ثور أن كل ما بيع على الكيل والوزن لا يجوز بيعه قبل قبضه، وما ليس بمكيل ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه[3] وروى عن عبد العزيز بن أبي سلمة، وابن حبيب، وربيعة، ويحيى بن سعيد: أن القبض شرط لصحة البيع في كل مكيل أو موزون أو معدود[4]، وعن الثوري روايتان: رواية بأن القبض شرط في كل مبيع[5]، وأخرى بأنه شرط في المطعومات خاصة سواء بيعت جزافاً أو بيعت على الكيل، أو الوزن، أو العدد[6].

وقد أيد ابن القيم رأي من يمنع بيع كل شيء قبل قبضه[7].

وأنا أؤيده أيضاً؛ لأنه أقرب الآراء إلى ما يفهم من الأحاديث[8].

---

(١) البحر الزخار ٣: ٣١١.

(٢) المحلى ٨: ٥١٨ ـ ٥١٩.

(٣) المغني ٤: ١٠٧، وفيه أن إسحق يمنع أيضاً بيع المعدود. والبحر الزخار ٣: ٢١١، وفيه أن سعيد بن المسيب يمنع أيضاً بيع المعدود والمذروع قبل قبضه، والمجموع شرح المهذب ٩: ٢٧٠، وفيه أن أبا ثور يمنعه في المأكول والمشروب، وبداية المجتهد ٢: ١٤٤، والمحلى ٨: ٥٢٠.

(٤) بداية المجتهد ٢: ١٤٥، والمنتقى ٤: ٢٨٠.

(٥) بداية المجتهد ٢: ١٤٤.

(٦) المنتقى ٤: ٢٨٢.

(٧) بدائع الفوائد ٢٥٠ و ٢٥١.

(٨) انظر ص٣٥٠.

العقود التي يشترط قبض المحل فيها قبل بيعه والعقود التي لا يشترط فيها ذلك

القاعدة العامة في هذا عند الحنفية أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، كالمبيع والأجرة وبدل الصلح إذا كان معينا، وكل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه قبل قبضه، كالمهر وبدل الخلع، وبدل العتق، وبدل الصلح عن دم العمد، وفقه هذه القاعدة، أن الصحة هي الأصل في التصرفات الصادرة من الأهل في المحل، وأن الفساد هنا جاء من عارض غرر الانفساخ، وهو غير متوهم في التصرفات التي لا تحتمل الفسخ فبقيت على الأصل، ولهذا جاز بيع الميراث، والموصي به قبل القبض، أما الميراث فلأن معنى الغرر لا يتقرر فيه؛ ولأن الوارث خلف المورث، ولو كان المورث موجوداً لجاز تصرفه فيه، فكذلك خلفه، وأما الوصية فلأنها أخت الميراث[1].

والحنابلة: يوافقون الحنفية في هذه القاعدة، قال ابن قدامة: وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه قبل قبضه، كالأجرة وبدل الصلح إذا كانا من المكيل أو الموزون أو المعدود، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه، كعوض الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وأرش الجناية وقيمة المتلف[2].

والشيعة الزيدية يتفقون مع الحنفية والحنابلة فقد جاء في البحر الزخار: «كل ما يبطل العقد بتلفه حرم بيعه قبل قبضه، فخرج المهر وجعل الخلع والصلح على دم العمد»[3].

---

(١) البدائع ٥: ١٨١ وابن عابدين ٤: ٢٢٥.

(٢) المغني ٤: ١١٤.

(٣) البحر الزخار ٣: ٣١١ و ٣١٣، وفيه أن المؤيد لا يجوز بيع المهر وما بعده قبل قبضه وأنه لا فرق عنده بين ما ملك بعقد من هذه العقود، وما ملك بالبيع، فهو موافق لرأي المالكية.

ومذهب المالكية أن عقود المعاوضات التي يقصد بها المكايسة والمغابنة لا يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه. وتلك العقود هي البيع، والإجارة، والزواج بالنسبة للمهر، والصلح ونحو ذلك... وأن عقود المعاوضات التي لا يقصد منها المغابنة، وإنما تكون على جهة الرفق يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه، ويشمل هذا القسم القرض فقط، وأن عقود المعاوضات التي تتردد بين قصد المغابنة والرفق، وهي الشركة والتولية والإقالة، يجوز بيع ما ملكت به قبل قبضه إذا لم تدخل هذه العقود زيادة أو نقصان، وذلك للأثر الذي رواه مالك من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شركة، أو تولية، أو إقالة؛ ولأن هذه العقود إذا لم تدخلها زيادة أو نقصان، فإنما يراد منها الرفق لا المغابنة، فانتفت العلة التي من أجلها منع بيع الطعام قبل استيفائه، وهي مشابهته للعينة[1].

وعند الشافعية لا يجوز بيع ما ملك بعقد من عقود المعاوضات قبل قبضه، وذلك كالمبيع، والأجرة، والعوض المصالح عليه عن المال، والصداق على الأصح، ومثله بدل الخلع، وبدل الصلح عن دم العمد[2]. فالشافعية يتفقون مع المالكية في منع بيع الصداق وما بعده، وإن كان تعليل الشيرازي للمنع يستلزم أن يكون رأيهم كرأي الحنفية، وذلك حيث يقول: «ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه كبيع الأعيان المملوكة بالبيع والإجارة والصداق وما أشبهها من المعاوضات قبل القبض... لأنه ربما هلك فانفسخ العقد»[3].

هذا بالنسبة لعقود المعاوضات، وأما ما ملك بعقد لا معاوضة فيه فيجوز

(١) بداية المجتهد ٢:١٤٦، والمنتقى ٤:٢٨٠ ـ ٢٨٢.
(٢) المجموع شرح المهذب ٩:٢٦٦ و ٢٦٧.
(٣) المهذب ١:٢٦٢.

عند جمهور الفقهاء بيعه قبل قبضه، وذلك كالوصية. وكذلك ما ملك بغير عقد كالإرث[1].

ويرى الظاهرية أن الطعام، والطعام عندهم هو القمح خاصة، لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء أملك بعقد معاوضة كالشراء، أم بغير معاوضة كالهبة، أم بغير عقد كالميراث؛ وذلك لحديث ابن عباس: أما الذي نهى عنه رسول الله ﷺ أن يباع حتى يقبض فهو الطعام، فهذا يدل على أن الطعام بأي وجه ملك لا يجوز بيعه قبل قبضه، أما غير الطعام فلا يجوز بيعه قبل قبضه إذا ملك بالشراء خاصة؛ وذلك لحديث حكيم بن حزام: «إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه» فإنه يدل على أن المنهى عنه هو البيع فقط قبل القبض فيما ملك بالشراء فقط[2].

علة منع بيع الشيء المملوك قبل قبضه:

يعلل الحنفية منع بيع الشيء المملوك قبل قبضه بالغرر، جاء في تنوير الأبصار وشرحه: صح بيع عقار لا يخشى هلاكه قبل قبضه من بائعه لعدم الغرر لا بيع منقول، قال في الحاشية: أي غرر انفساخ العقد على تقدير الهلاك[3]، ويقول الكاساني: «ومنها، أي من شروط الصحة، القبض في بيع المشتري المنقول فلا يصح بيعه قبل القبض؛ ولأنه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه، لأنه إذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الأول، فينفسخ الثاني؛ لأنه بناه على الأول، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع فيه غرر»[4].

ويعلل المالكية منع بيع الطعام قبل قبضه بأنه قد يتخذ ذريعة للتوصل إلى

(١) البدائع ٥:١٨١، المنتقى ٤:٢٨٢، والمهذب ١:٢٦٢، والمغني ٤:١١٥، قال ابن قدامة: «ولا أعلم فيه مخالفاً» وسنرى خلاف الظاهرية فيه بعد هذا مباشرة.
(٢) المحلى لابن حزم ٨:٥١٨ و ٥١٩ و ٥٢١.
(٣) ابن عابدين ٤:٢٢٤.
(٤) البدائع ٥:١٨.

الربا، فهو عندهم من باب سد الذرائع وذلك كما يقول الباجي: إن صاحب العينة يريد أن يدفع دنانير في أكثر منها، فإذا علم بالمنع في ذلك توصل إليه بأن يذكر حنطة بدينار، ثم يبتاعه بنصف دينار دون استيفاء ولا قصد لبيعه ولا لابتياعه، فلما كثر هذا وكانت الأقوات مما يتعامل بها في كثير من البلاد، ولا سيما في بلاد العرب، وكان ذلك مما يقصد لهذا المعني كثيراً، لمعرفة جميع الناس لثمنه وقيمته، منع ذلك فيها، وشرط في صحة توالي البيع فيها القبض؛ لأن ذلك نهاية التبايع فيها وإتمام العقد ولزومه، ولم يشترط ذلك في سائر المبيعات؛ لأنه لم يتكرر تعامل أهل العينة بها؛ لأن ثمنها يخفى في الأغلب ويقل مشتريها[1].

والشافعية يعللون المنع بالغرر كالحنفية، يقول الشيرازي: «ولا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه... لأنه ربما هلك فانفسخ العقد، وذلك غرر من غير حاجة[2].

والحنابلة يتفقون مع الحنفية في أن علة منع بيع الشيء قبل قبضه هي غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه، يقول ابن قدامة: لكن ما يتوهم فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه، تحرزا من الغرر، وما لا يتوهم فيه ذلك الغرر انتفى المانع فجاز العقد عليه[3].

والعلة عند الشيعة الزيدية هي ضعف الملك قبل القبض[4].

ويعلل ابن تيمية المنع: بعدم القدرة على التسليم؛ لأن البائع الأول قد يسلم

(١) بداية المجتهد ٢:١٤٤، والمنتقىٰ ٤:٢٨٠.
(٢) المهذب ١:٢٦٢.
(٣) المغني ٤:١١٤.
(٤) البحر الزخار ٣:٣١٢.

البائع الثاني المبيع، وقد لا يسلمه، لا سيما إذا رآه قد ربح، فيسعى في رد البيع إما بجحد، أو باحتيال في الفسخ[1].

وكل هذه العلل ترجع إلى علتين في الواقع:

إحداهما: الربا، وهو ما يراه المالكية، وقد ذهب إلى هذا من قبلهم ابن عباس حين قال: «ذاك دراهم بدراهم والطعام مرجأ»[2].

كما ذهب إليه أبو هريرة، وزيد بن ثابت حين قالا لمروان: «أحللت بيع الربا»[3].

وثانيتهما: الغرر الناشىء عن عدم القدرة على التسليم، وهو رأي سائر الأئمة، غير أن عدم القدرة على التسليم سببها احتمال هلاك المحل عند الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وضعف الملك عند الزيدية، واحتمال عدم تسليم البائع الأول عند ابن تيمية، وكلتا العلتين متحققتان في هذا البيع.

ونضيف إلى هذا: أن في النهي عن بيع السلع قبل قبضها إيجاد فرص للعمل؛ وذلك لأن في بيع السلع قبل قبضها حرماناً لعدد كبير من العمال الذين يقومون بالكيل والحمل، فإن التاجر يفضل أن يبيع السلعة وهي في مكانها ما دام يجد ربحاً، ثم إنا لو أبحنا للتجار بيع السلع قبل قبضها، فإن أسعارها ترتفع وهي في مكانها فتعود الفائدة كلها إلى طبقة التجار، ولا ينال العامل فائدة من هذه العمليات، في حين أنه يناله ضرر ارتفاع السعر، وفي هذا مصلحة للتاجر، وضرر للعامل، أما منع بيع السلع قبل قبضها فإن فيه مصلحة للعمال ولا ضرر فيه على التجار.

(١) الاختيارات العلمية لابن تيمية مع الفتاوي ٧٥.
(٢) انظر ص٣٤٠.
(٣) انظر ص٣٤٣.

٧ ـــ بيع المغضوب

بيع المغصوب من الغاصب:

يصح بيع المغصوب من الغاصب؛ لأنه لا غرر في بيعه منه، فإن المبيع مسلم إليه بالفعل، فأشبه بيع العارية ممن هي في يده[١].

بيع المغصوب من غير الغاصب:

يرى الحنفية أن بيع المغصوب لغير الغاصب صحيح موقوف على تسليم الغاصب المبيع، فإن سلمه نفذ، وإن لم يسلمه حتى تلف المبيع بطل البيع، هذا إذا كان الغاصب مقرا بالغصب. أما إن جحد الغاصب ولم تكن للمدعي بينة فإن البيع لا يصح؛ لعدم القدرة على التسليم[٢]، والواقع أن جحود الغاصب وعدم بينة مع المدعي تجعل المسألة مجرد دعوى غصب لا دليل عليها، فلا يصح إدخالها في بيع المغصوب.

الفرق بين حكم بيع المغصوب وحكم بيع الآبق:

قلنا إن بيع الآبق يقع باطلا، على ما في ظاهر الرواية[٣]، أما بيع المغصوب فهو صحيح موقوف، فلم فرق بينهما في الحكم، مع أن كلا منهما غير مقدور على تسليمه؟

يجيب الكاساني عن هذا السؤال: بأن المالك في بيع المغصوب يكون قادراً على التسليم بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين إلا أنه لم ينفذ في الحال،

(١) البدائع ٥: ١٤٨، والدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٦٠، ويشترط المالكية لصحة البيع ألا يعلم أن الغاصب عازم على عدم الرد، إذا كان غير مقدور عليه بحيث لا تأخذه الأحكام، والمهذب ١: ٢٦٣، والمغني ٤: ١١٥.

(٢) الأصل لمحمد ٩٢: ٩٣ والمبسوط ١٣: ١١، وهذه حالة أخرى اعتبر فيها الحنفية عدم القدرة على التسليم شرط نفاذ لا شرط انعقاد، ولا شرط صحة، وانظر ص٣٢٠.

(٣) انظر ص٣١٩.

لقيام يد الغاصب صورة، فإذا سلم الغاصب المبيع زال المانع فينفذ البيع.

أما الآبق فإنه معجوز التسليم على الإطلاق إذ لا تصل إليه يد أحد؛ لأنه لا يعرف مكانه، فكان العجز متقرراً والقدرة محتملة موهومة فلم ينعقد البيع مع الاحتمال[١].

ويرى المالكية أن بيع المغصوب لغير الغاصب صحيح إذا كان الغاصب تأخذه الأحكام وكان مقرا بالغصب؛ لأن القدرة على التسليم متحققة في هذه الحالة، إما برضا من الغاصب بالتسليم، وإما بإجباره عليه بواسطة القضاء، فلا غرر، وأما إن كان الغاصب لا تأخذه الأحكام فلا يصح البيع؛ لأن القدرة على التسليم غير متحققة، وكذلك لا يصح البيع إذا كان الغاصب منكراً للغصب ولو كانت للمدعي بينة، وكان الغاصب ممن تأخذه الأحكام؛ لأن هذا من قبيل بيع ما فيه خصومة وهو ممنوع لما فيه من الغرر[٢].

وعند الشافعية يصح بيع المغصوب لغير غاصبه إذا كان البائع قادراً على استرداده وتسليمه، أما إن لم يكن قادراً على ذلك فإن باعه لمن لا يقدر على استرداده لا يصح البيع؛ لما فيه من الغرر، وإن باعه لمن يقدر على أخذه من الغاصب يصح البيع على الأصح؛ لأنه لا غرر في هذا[٣].

والحنابلة كالشافعية يصح عندهم بيع المغصوب لمن ظن أنه قادر على استنقاذه ولا يصح لغيره[٤]. ويلاحظ هنا أن الشافعية والحنابلة يكتفون بقدرة المشتري على التسلم، وإن كان البائع عاجزاً عن التسليم.

(١) البدائع ٥: ١٤٧.

(٢) الشرح الكبير مع الدسوقي ٣: ١٠.

(٣) المجموع شرح المهذب ٩: ٢٨٥، ونهاية المحتاج ٣: ٣٨٧.

(٤) المغني ٤: ١١٥.

أربع حقائق مستنبطة:

هذا وأكتفى بهذا القدر من التطبيقات في موضوع القدرة على التسليم ولكني أود أن أنبه إلى الحقائق الآتية:

١ ــ ليس كل ما لا يقدر على تسليمه فيه غرر؛ وذلك لأن القدرة على التسليم قد تكون متعذرة حسا، وقد تكون متحققة حسا متعذرة شرعا، وقد تكون محتملة، فالحالة التي يكون فيها البيع ممنوعاً للغرر الناشىء عن عدم القدرة على التسليم هي ما كانت فيها القدرة على التسليم محتملة قد تحصل وقد لا تحصل، وهذا هو الشأن في جميع الأمثلة التي ذكرناها، فبيع الآبق والسمك في الماء والطير في الهواء، وبيع الدين، وبيع ما ليس في ملك البائع، وما ليس مقبوضاً له، وبيع المغصوب، كل هذه البيوع يحتمل أن يقدر البائع فيها على تسليم المبيع ويحتمل ألا يقدر، فهي إذن من بيع الغرر مع التفاوت في مقدار ما فيها من غرر.

أما الحالة التي تكون فيها القدرة على التسليم متعذرة حسا فلا يمكن أن يوصف العقد معها بأنه عقد غرر؛ لأن عقد الغرر هو ما كان مستور العاقبة، والعاقبة هنا معلومة وهي عدم القدرة على التسليم، فالعقد في هذه الحالة يكون باطلا؛ لعدم إمكان القدرة على التسليم، أو للاستحالة الطبيعية كما يعبر رجال القانون، لا للغرر، وذلك كما لو تعهد شخص باجتياز المحيط سباحة كما يمثل القانونيون، أو استأجر إنسان شخصاً أخرس للتكلم، كما يمثل الفقهاء[1].

وكذلك الحالة التي تكون فيها القدرة على التسليم متحققة حسا متعذرة شرعاً لا يصح أن تدخل في الغرر؛ لأن المانع من صحة العقد فيها هو عدم القدرة

(١) انظر الدسوقي على الشرح الكبير ١٨:٣، ونهاية المحتاج ٢٦٩:٥، والوسيط للسنهوري ٣٨٣:١.

الشرعية[1]، أو الاستحالة القانونية، كما يقول علماء القانون، ويمثل له الفقهاء ببيع جذع في بناء وفص في خاتم؛ لأن التسليم هنا لا يمكن إلا بإضاعة شيء من المال وهو منهى عنه.

٢ ــ القدرة على التسليم عند الحنفية قد تكون شرط انعقاد، وذلك كما في بيع الآبق المطلق، على ما في ظاهر الرواية، وبيع الدين لغير المدين، وبيع ما ليس في ملك البائع[2]. وقد تكون شرط صحة كما في بيع السمك في الماء والطير في الهواء، وبيع الدين بالنقد لغير من عليه الدين مع شرط التسليم على المدين[3]، وقد تكون شرط نفاذ كما في بيع الآبق لمن يزعم القدرة على تسلمه وبيع المغصوب لغير الغاصب[4].

وقد رأيت أن أنبه إلى هذا الحكم الكلي، لأني وجدت الأقوال مختلفة فيه بالرغم من الاتفاق على أكثر الأحكام الفرعية التي أشرت إليها سابقاً واستخلصت منها الحكم الكلي.

فقد صرح ابن نجيم: بأن القدرة على التسليم شرط انعقاد[5]، ونقل عبارته ابن عابدين من غير تعليق عليها[6] كما صرح بذلك الكاساني[7]، وصرح

(١) هذا التعبير مأخوذ من كتب الشافعية، فإنها تنص على أنه يشترط لصحة البيع إمكان تسليم المبيع وتسلمه حساً وشرعاً، انظر نهاية المحتاج ٣٨٧:٣ و ٣٨٨، ويعبر الحنفية عن إمكان التسليم شرعاً بإمكان التسليم من غير ضرر، انظر فتح القدير ١٩٤:٥.

(٢) انظر ص٣١٩ و٣٣١ و٣٣٨.

(٣) انظر ص٣٢٦ و٣٢٦ و٣٣١.

(٤) انظر ص٣٢٠.

(٥) البحر الرائق ٢٥٨:٥ و ٢٥٩.

(٦) ابن عابدين ٧:٤.

(٧) البدائع ١٤٧:٥.

السمرقندي بأنها شرط صحة يكون العقد بفواته فاسداً لا باطلاً[١]، وفي فتح القدير ما يدل على أن القول بالبطلان هو ما في ظاهر الرواية، ومع هذا فقد رجح الكمال الرأي القائل بالفساد[٢]، وقد ترتب على هذا الاختلاف بين فقهاء الحنفية اختلاف فقهاء هذا العصر الذين تعرضوا لهذه المسألة. فالأستاذ أبو الفتح[٣] والأستاذ الخفيف[٤] جزما بأن القدرة على التسليم شرط صحة، والأستاذ الزرقا[٥] قرر أنها شرط انعقاد متبعا في ذلك المجلة العدلية[٦].

٣ ــ الأصل أن تكون القدرة على التسليم متحققة عند العقد[٧]، ولكن قد يكفي إمكان تحققها بعد العقد أحياناً.

من ذلك ما جاء في بعض الروايات عن أبي حنيفة ومحمد في بيع الآبق، أنه إذا عاد من الإباق قبل الفسخ انقلب العقد صحيحا؛ لأن القدرة على التسليم قد تحققت، وما قاله المالكية من جواز بيع الآبق المعلوم الصفة والموضع إذا كان عند من يسهل خلاصه منه، وما قاله بعض الشيعة الزيدية من أن بيع الآبق ينعقد موقوفاً على التسليم، وما قاله الشيعة الإمامية من أن بيع الآبق صحيح ما دام الحصول عليه ممكنا عرفا. ثم ما روى عن بعض الصحابة والتابعين من جواز بيع الآبق، وما ذلك ــ والله أعلم ــ إلا لأنهم يرون أن تسليمه ممكن مستقبلاً. ومن ذلك ما في فتاوي قاضيخان، وما قاله الإمامية من جواز بيع الطير في الهواء إذا

(١) تحفة الفقهاء ٢:٦٦ و ٤٤ و ٨٣.
(٢) فتح القدير ٥:٢٠١.
(٣) المعاملات الشرعية ص ٢٣٩.
(٤) أحكام المعاملات الشرعية الكبير ٤٣٠.
(٥) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الأول، فقرة ١٤١.
(٦) مادة ٢٠٩.
(٧) انظر ص٣٢٠ و٣٢٧ و٣٢٨ و٣٣٨.

كان يعود إلى بيته عادة. ومنه بيع الدين بالنقد من غير المدين عند من يجوزه.

. ومن ذلك أيضا ما قاله الحنفية من صحة بيع المغصوب لغير الغاصب موقوفاً على تسليم الغاصب. وما قاله المالكية والشافعية والحنابلة من صحة البيع ما دام استرداد المغصوب ممكناً[١]. ومن ذلك هذه العبارة الصريحة للكمال بن الهمام: «من شروط المبيع أن يكون مقدور التسليم في الحال أو في ثاني الحال فيدخل السلم»[٢].

٤ ــ قدرة المشتري وحده على التسلم تكفي لصحة البيع ولو كان البائع عاجزاً عن التسليم عند كثير من الفقهاء.

من ذلك جواز بيع الآبق لمن يعلم مكانه، ويقدر على تسلمه، ولو كان بائعه عاجزاً عن تسليمه عند أكثر الفقهاء، ومن ذلك أيضاً جواز بيع المغصوب من غاصبه، ومنه جواز بيعه من غير غاصبه إذا كان قادراً على استرداده عند الشافعية والحنابلة[٣].

القدرة على التسليم في القانون:

لم يرد في التقنين المدني المصري نص صريح في اشتراط القدرة على تسليم المبيع، ولكن المادة (١٣٢) منه نصت على ما يأتي: «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلا».

وقد استخلص الدكتور السنهوري من هذا النص أن محل الالتزام يجب أن يكون موجودا إذا كان شيئاً «أي محلا لالتزام بنقل حق عيني»، أو ممكنا إذا كان

(١) انظر ص٣٢٠ و٣٢٤ و٣٢٨ و٣٣٣ و٣٣٤ و٣٦٠ و٣٦١ .
(٢) فتح القدير ٥:٧٤.
(٣) انظر ص٣٢٠ - ٣٢٤ و٣٦٠.

عملا، أو امتناعاً عن عمل[١]. ويقول في مصادر الحق: إن إمكان المحل في الفقه الإسلامي هو القدرة على تسليمه[٢].

ولعل من الخير أن نبين أولا المراد بإمكان المحل في القانون المصري، ثم ننظر بعد ذلك، هل يتفق مع شرط القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي أم لا؟

إمكان المحل في القانون المصري:

يشترط في الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أن يكون محله ممكنا، فإن كان العمل أو الامتناع عن العمل مستحيلاً كان العقد باطلا؛ لأنه لا التزام بمستحيل، غير أن الاستحالة التي تبطل العقد هي الاستحالة المطلقة، وهي التي عبر عنها القانون بكلمة في ذاته، أي الاستحالة الموضوعية التي ترجع إلى طبيعة الشيء فتجعله مستحيلاً بالنسبة لجميع الناس، لا بالنسبة لبعض دون بعض. مثال ذلك أن يتعهد شخص باجتياز المحيط، سباحة أو أن يجد علاجاً للموت.

وقد ترجع الاستحالة المطلقة إلى سبب في القانون ــ استحالة قانونية ــ لا إلى طبائع الأشياء، كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانوني وهذه الاستحالة ــ طبيعية كانت أو قانونية ــ تجعل العقد باطلاً إذا كانت قائمة وقت العقد، أما إذا حدثت بعده فإنها تجعله قابلا للفسخ ــ إذا كان ملزماً للجانبين ــ لا باطلاً، فإذا تعهد المحامي في المثال السابق برفع الاستئناف بعد فوات المدة القانونية كان العقد باطلاً، أما إذا كان التعهد قبل انتهاء المدة، ولكن المحامي تباطأ إلى أن فاتت المدة فإن العقد ينفسخ ويكون المحامي مسؤولاً عن التعويض.

---

(١) الوسيط ١: ٣٧٥.

(٢) مصادر الحق ٣: ٥٨.

أما الاستحالة النسبية أي التي يكون فيها الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى الملتزم وحده، فإنها تجعل العقد قابلاً للفسخ فقط، إذا كان ملزماً للجانبين، لا باطلاً، سواء كانت موجودة عند العقد أو حدثت بعده، مثال ذلك: أن يلتزم شخص أن يقوم بعمل فني لا يستطيع تأديته هو، ولكن يمكن لفنان غيره أن يقوم به، فهنا يكون العقد صحيحاً سواء أكانت الاستحالة سابقة للعقد أم لاحقة، ولكن لما كان المدين عاجزاً عن التنفيذ فللدائن الحق في مطالبته بتعويض، وله أيضاً أن يطلب فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين[١].

القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي أعم من إمكان المحل في القانون:

يتبين لنا مما تقدم أن القدرة على تسليم المحل التي يشترطها الفقه الإسلامي لصحة العقد أعم من الإمكان الذي يشترطه القانون المصري، ذلك أن القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي شرط في المحل، سواء أكان شيئاً أم عملاً[٢]، بينما هي في القانون المصري شرط في المحل إذا كان عملاً أو امتناعاً عن عمل، أما إذا كان المحل شيئاً فإن الشرط فيه أن يكون موجوداً، وشرط الوجود غير شرط القدرة على التسليم، فالقدرة على التسليم أمر زائد على الوجود، فإن الشيء قد يكون موجوداً ولا يكون مقدوراً على تسليمه، وهذا هو المعنى الذي يريده الفقهاء من القدرة على التسليم؛ لأنهم يشترطون الأمرين معا، والأمثلة التي ذكرناها من بيع الآبق، والطير

---

(١) الوسيط ١: ٣٨٣ ــ ٣٨٦، ومصادر الحق ٣: ١١ ــ ١٣.

(٢) اشتراط القدرة على التسليم إذا كان المحل شيئاً يظهر جلياً من الأمثلة الكثيرة الواردة في عقد البيع وقد أتينا بالكثير منها، أما اشتراط القدرة على التسليم إذا كان المحل عملاً فإنه يؤخذ من الأمثلة الواردة في عقد الإجارة، فقد نصوا على أنه لا يجوز استئجار الأخرس للتكلم والأعمى للكتابة، لعدم القدرة على التسليم حساً، وكذلك لا يجوز استئجار شخص لعصر خمر أو رقص أو قلع سن صحيحة أو استئجار حائض أو جنب أو كافر لخدمة المسجد لعدم القدرة على التسليم شرعاً. الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ١٨ و ١٩، ونهاية المحتاج ٥: ٢٦٩ و ٢٨١.

في الهواء، والسمك في الماء الخ... تدل على ذلك، فإن المحل فيها كلها موجود ومع ذلك لم يصح العقد؛ لعدم القدرة على التسليم المؤدية إلى الغرر، وقواعد القانون المصري لا تمنع هذه العقود، فالقانون المصري يجوز بيع ما هو أشد غرراً من الغرر الناشىء عن عدم القدرة على التسليم، فبيع المعدوم الذي لا يدري أيوجد أم لا يوجد صحيح كبيع النتاج الذي لم يولد[1]، فما دام المحل محتمل الوجود، فالبيع صحيح في القانون، وإنما الذي يمنع صحة البيع هو أن يكون المحل مستحيل الوجود، ومن هنا يمكننا أن نستخلص أن القانون المصري الجديد لا يشترط القدرة على التسليم بالمعنى الذي يريده الفقهاء وإنما يشترط، كما تنص المادة (١٣٢)، ألا يكون المحل مستحيلا، واستحالة المحل هي عدم إمكان وجوده إذا كان شيئاً، وعدم إمكان القيام به أو الامتناع عنه إذا كان عملا أو امتناعاً عن عمل.

• • •

(١) الوسيط ١ : ٣٧٧.

المبحث الثامن

التعاقد على المعدوم

تمهيد:

من أنواع الغرر الذي يؤثر في صحة البيع ما يرجع إلى كون المبيع معدوماً أحياناً، فالمبيع إذا لم يكن موجوداً وقت العقد، وكان وجوده مجهولاً في المستقبل قد يوجد وقد لا يوجد، فالبيع باطل، وذلك كبيع ما تلده الناقة، وبيع الثمر قبل أن يخلق، فالناقة قد تلد، وقد لا تلد، والثمر قد يوجد، وقد لا يوجد.

فهذا المبحث يتعلق ببيع الأشياء المعدومة وقت العقد، ولكنها ممكنة الوجود في المستقبل، وهو ما يعبر عنه في القانون «ببيع الأشياء المستقبلة»؛ ولذا فمن المستحسن أن نتكلم أولاً عن آراء الفقهاء في بيع المعدوم بصفة عامة، ثم نتكلم عن بيع بعض الأشياء المعدومة.

آراء الفقهاء في بيع المعدوم:

من الفقهاء من يذكر في شروط انعقاد البيع وجود المبيع وقت العقد، ومنهم من لا يذكر ذلك في الشروط، ولكنه يصرح بأن بيع المعدوم باطل، ومنهم من لا يصرح بذلك، ولكنه يعلل منع بيع بعض الأشياء بأن المبيع معدوم.

وهذه بعض عبارات الفقهاء في هذا الموضوع:

يقول الكاساني في الكلام عن شروط انعقاد البيع: «وأما الذي يرجع إلى المعقود عليه فأنواع: منها أن يكون موجوداً، فلا ينعقد بيع المعدوم، وما له خطر العدم»[1]. ويقول الشيخ محمد بن يوسف أطفيش: المعقود عليه هو السالم من غرر وربا وشرط مفسد، المعلوم الوجود والصفة والقدر والأجل إن أجل، المقدور على تسليمه[2]. ويقول الشهيد الثاني في الكلام عن بيع الآبق مع الضميمة: ويشترط في بيعه ما يشترط في غيره من كونه معلوماً موجوداً عند العقد[3].

ويقول الشيرازي: ولا يجوز بيع المعدوم كالثمرة التي لم تخلق[4]. ويقول النووي: بيع المعدوم باطل بالإجماع[5]. وفي البحر الزخار: «بيع المعدوم باطل»، وفيه أيضاً: «بيع المعدوم والطير في الهواء مجمع على فساده»[6].

ويقول ابن قدامة: بيع نتاج النتاج فاسد؛ لأنه بيع معدوم[7].

وهكذا نكاد نجد شبه إجماع من الفقهاء الذين تعرضوا للكلام عن المعدوم، على أن بيعه لا يجوز، بل إن بعضهم قد حكى الإجماع على بطلانه، كما رأينا، ويستدلون لذلك بما يأتي:

١ ــ حديث النهي عن بيع الغرر، يقول الشيرازي: ولا يجوز بيع المعدوم

(١) البدائع ٥ :١٣٨، ومثله في ابن عابدين ٤ :٧، ويمثل الحنفية، لما له خطر العدم بالحمل واللبن في الضرع.
(٢) شرح النيل ٤ :٣٦ ــ ١٣٧.
(٣) الروضة البهية ص ٢٨١.
(٤) المهذب ١ :٢٦٢.
(٥) المجموع شرح المهذب ٩ :٢٥٨.
(٦) البحر الزخار ٣ :٣٨١.
(٧) المغني ٤ :٢٠٩.

كالثمرة التي لم تخلق، لما روى أبو هريرة أن النبـي ﷺ نهى عن بيع الغرر، والغرر ما انطوى عنه أمره وخفيت عليه عاقبته، والمعدوم انطوى أمره وخفيت عليه عاقبته فلم يجز بيعه[1]، ويقول الشوكاني: ومن جملة بيع الغرر بيع المعدوم[2].

٢ ــ حديث النهي عن بيع المعاومة: يقول الشيرازي: والمعدوم من المعاومة وقد نهى النبـي ﷺ عن المعاومة وعن بيع السنين»[3].

٣ ــ حديث النهي عن بيع ما ليس عندك[4]. يقول المرتضى: «والمبيع يتعين فلا يصح معدوماً؛ لنهيه ﷺ عن بيع ما ليس عنده إلا في السلم لترخيصه ﷺ؛ ولضبطه بالوصف، وإلا في ذمة مشتريه إذ هو كالمقبوض».

وليس في هذه الأدلة ما يفيد أن بيع المعدوم لا يجوز على الإطلاق.

فالدليل الأول يفيد أن بيع المعدوم الذي فيه غرر لا يجوز، كما في المثال الذي ذكره الشيرازي، ولا يفيد أن كل معدوم لا يجوز بيعه؛ لأن من المعدوم ما لا غرر في بيعه؛ لأنه لا تخفى علينا عاقبته، وذلك كما في بيع الأشياء المعدومة وقت العقد، ولكنها محققة الوجود في المستقبل بحسب العادة، كما في السلم والاستصناع، وبيع الأشياء المتلاحقة الوجود عند بعض الفقهاء، كما سنرى.

والدليل الثاني يفيد النهي عن بعض أفراد المعدوم، هو بيع الثمر سنين، والنهي عن بعض أفراد الشيء لا يدل على النهي عن سائرها؛ لأن النهي عن ذلك الفرد قد يكون لمعنى انفرد به، لا يتحقق في غيره من الأفراد، كما في النهي عن بيع السنين، فإن سبب النهي عنه الغرر الناشىء عن الجهل بوجوده في المستقبل؛ لا كونه معدوماً.

(١) المهذب ١ :٢٦٢.
(٢) نيل الأوطار ٥ :٢٤٤.
(٣) المهذب ١ :٢٦٢، وبيع المعاومة هو بيع ثمر الشجرة أو الحديقة أكثر من عام.
(٤) البحر الزخار ٣ :١٩١، والزيلعي ٤ :١٢.

وأما الدليل الثالث، فقد بينت فيما سبق، أن هذا الحديث لم يرد في بيع المعدوم، وإنما ورد في بيع الأشياء الموجودة التي لا يملكها البائع[1].

ربما يقال: وإذا لم يجز بيع الموجود غير المملوك، فمن باب أولى لا يجوز بيع المعدوم؛ لأنه غير مملوك حتماً. أقول: هذا منطق سليم، ولكن يجب أن يقيد عدم جواز بيع المعدوم بما قيدته به في بيع ما ليس عندك، وهو كون البيع وقع على أن يسلم المبيع في الحال، فإنه مع هذا القيد لا يختلف اثنان في أن بيع المعدوم لا يجوز.

رأي ابن تيمية وابن القيم في بيع المعدوم:

خالف ابن تيمية جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه من عدم جواز بيع المعدوم، معتمداً في هذه المخالفة على دليلين:

الدليل الأول: أنه لم يرد في كتاب الله ولا في سنة رسوله بل ولا عن أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لا يجوز، لا بلفظ عام، ولا بمعنى عام، وإنما ورد النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة، كما ورد النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي موجودة، إذاً فليست العلة في النهي عن بيع بعض الأشياء المعدومة هي العدم، كما أنه ليست العلة في النهي عن بيع بعض الأشياء الموجودة هي الوجود، فوجب أن تكون هناك علة أخرى للنهي عن بيع تلك الأشياء المعدومة وهذه العلة هي الغرر، «فالمعدوم الذي هو غرر نهى عن بيعه؛ لكونه غرراً، لا لكونه معدوماً، كما إذا باع ما يحمل هذا الحيوان أو ما يحمل هذا البستان، فقد يحمل وقد لا يحمل، وإذا حمل، فالمحمول لا يعرف قدره ولا وصفه».

الدليل الثاني: أن الشارع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، كما في بيع الثمر بعد بدو صلاحه مستحق الإبقاء إلى كمال الصلاح، فإنه يدخل فيه ما هو

(١) انظر ص٣٣٧ — ٣٣٩.

معدوم لم يخلق[1]. وقد وافق ابن القيم ابن تيمية في رأيه.

ولا شك أن القول ببطلان بيع المعدوم مطلقاً قول لا تؤيده الأدلة، بل هو قول يعارضه كثير من الأحكام المتفق عليها[2] وقد أدرك هذا القائلون ببطلان بيع المعدوم، وخاصة الحنفية، فقرروا أن البطلان هو القياس، وأن هناك عقوداً تجوز استحساناً، مع أن المحل فيها معدوم، من أوضحها الإجارة، والسلم، والاستصناع، فهذه العقود وأشباهها مما ورد نص بجوازها جاءت على خلاف القياس عندهم. وقد كان يقبل منهم هذا القول لو أن هناك نصاً صريحاً من الشارع يمنع بيع المعدوم، أما إذا لم يوجد ذلك النص ــ وهو الحاصل ــ فمن غير المقبول أن نضع حكماً كلياً من غير نص من الشارع، ونعتبر كل الأحكام الجزئية التي لا تتفق معه مخالفة للقياس، ولو جاء بها نص.

إن القياس يجب أن يبني على النصوص الشرعية، فإذا كانت هذه النصوص جوزت التعاقد على بعض الأشياء المعدومة، ومنعت التعاقد على بعضها، فلا بد أن تكون هناك علة للمنع غير كون الشيء معدوماً، وهذه العلة واضحة لمن تتبع ما منعته النصوص وما أجازته من بيع المعدوم، وهي كما قرر ابن تيمية: الغرر، وهي علة مضطردة لا تحوجنا إلى استثناءات أو مخالفة للقياس. والغرر في بيع المعدوم لا يتحقق إلا في حالة ما إذا كان المبيع مجهول الوجود؛ لأنه إن كان المبيع محقق العدم فلا غرر في هذا، والبيع باطل بداهة لاستحالة التنفيذ، وإن كان المبيع محقق الوجود، فلا غرر أيضاً، والبيع صحيح، وإذا تتبعنا ما منعه الشارع من بيع المعدوم وما أجازه منه، نجد أن كل ما منعه، المبيع فيه مجهول الوجود، وأن كل ما أجازه، المبيع فيه محقق الوجود عادة، وإن كان معدوماً وقت العقد، وسنرى مصداق هذا فيما نذكره من الأحكام التفصيلية.

(١) القياس في الشرع الإسلامي: لابن تيمية ص ٢٦ ــ ٢٧، وإعلام الموقعين ١: ٣٥٧.

(٢) انظر المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٥٧٩.

فالقاعدة التي ينبغي السير عليها في بيع المعدوم هي: «أن كل معدوم مجهول الوجود في المستقبل لا يجوز بيعه، وأن كل معدوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه» وسنورد فيما يلي بعض تطبيقات لبيع المعدوم.

بيــع الثمــار

بيع الثمار قد يكون قبل أن تخلق، أي قبل أن تظهر على الشجر، وقد يكون بعد أن تخلق وهي على الشجر، وقد يكون بعد الصرام، أي بعد قطعها من الشجر، فتباع وهي على الأرض.

وسنتكلم عن الحالتين الأوليين، أما الحالة الثالثة فلا تدخل فيما نبحثه. ونبدأ الحديث بذكر النصوص ثم نتبعها ببيان آراء الفقهاء.

النصــوص:

وردت أحاديث كثيرة في هذا الموضوع ذكرنا بعضها في مناسبات سابقة[1].

ونذكر هنا سائرها مع حذف المكرر:

١ ــ عن جابر قال: نهى النبي ﷺ عن بيع السنين، وفي رواية ابن أبي شيبة عن بيع الثمر سنين[2].

٢ ــ عن ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع[3].

---

(١) انظر ص١٣٩ و٢١٨ و٢٣٠ و٢٣١ و٢٤٠ و٢٦٩ .

(٢) رواه مسلم ، صحيح مسلم ١٠ : ٢٠٠، وانظر ص٢٣١، الحديث السابع.

(٣) رواه الجماعة إلا الترمذي. منتقى الأخبار ٥:٢٧٥، وصحيح البخاري ٣:٧٧، وسنن أبي داود ٣:٣٤٤.

٣ ــ عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه، ولا تبتاعوا الثمر بالتمر[1].

٤ ــ عن أنس أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار، حتى تزهى، فقيل له: وما تزهى؟ قال: تحمر فقال: أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟[2].

٥ ــ عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمر التمر حتى تزهو، فقلنا لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر، أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك[3] ؟.

٦ ــ عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، وعن النخل حتى يزهو، قيل: وما يزهو؟ قال: يحمار أو يصفار[4].

٧ ــ عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى أن تباع ثمرة النخل حتى تزهو، قال أبو عبد الله: يعني حتى تحمر[5].

---

(١) رواه أحمد ومسلم، والنسائي، وابن ماجه، واللفظ للنسائي، منتقى الأخبار ٥:٣٧٥، وسنن النسائي ٧:٢٦٣.

(٢) أخرجه البخاري، ومسلم، واللفظ للبخاري. والقائل: إذا منع الله الثمرة... هو الرسول ﷺ، كما صرح بذلك مالك وجزم الدارقطني وغيره من الحفاظ بأن «إذا منع الله الثمرة...» مدرج من قول أنس ورفعه خطأ. منتقى الأخبار ٥:٢٧٥، وصحيح البخاري ٣:٧٧، وصحيح مسلم ١ :٢١٧ و ٢٧٦ و ٢٨٠، وعمدة القاري ١٢ :٧.

والراجح عندي الرفع، لأن في رواية من رفعه زيادة، وليس في رواية من وقفه ما ينفي قول من رفعه.

(٣) رواه البخاري ومسلم. صحيح البخاري ٣:٧٨، وصحيح مسلم ١٠ :٢٧.

(٤) رواه البخاري. صحيح البخاري ٣:٧٧، و«عن النخل»: أي عن بيع ثمر النخل والمراد بالثمار قبله غير ثمرة النخل.

(٥) رواه البخاري: صحيح البخاري ٣:٧٧، وذكر النخل ليس بقيد وإنما ذكره لكونه الغالب عندهم. وأبو عبد الله هو البخاري. عمدة القاري ١٢ :٥.

٨ ــ سعيد بن ميناء قال: سمعت جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: نهى النبي ﷺ أن تباع الثمرة حتى تشقح، فقيل: ما تشقح؟ قال: تحمار وتصفار ويؤكل منها[1].

٩ ــ عن زيد بن ثابت رضي الله عنه قال: كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار، فإذا جذ الناس وحضر تقاضيهم، قال المبتاع: إنه أصاب الثمر الدمان، أصابه مراض، أصابه قشام، عاهات يحتجون بها، فقال رسول الله ﷺ لما كثرت عنده الخصومة في ذلك: فإما لا، فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمر، كالمشورة يشير بها لكثرة خصومتهم. قال: وأخبرني خارجة بن زيد بن ثابت أن زيد بن ثابت لم يكن يبيع ثمار أرضه حتى تطلع الثريا، فيتبين الأصفر من الأحمر[2].

(١) رواه البخاري: صحيح البخاري ٣:٧٧، وتُشْقح ــ بضم أوله وسكون ثانيه ــ ، والتفسير قيل من سعيد بن ميناء، وقيل من جابر، وفي رواية مسلم التي أوردناها في بيع المزابنة التصريح بأن التفسير من سعيد، انظر ص٢٣١.
ويلاحظ أن هذه الأحاديث وردت فيها ألفاظ مختلفة، ولكنها متفقة في المعنى، قال العلماء: يحتمل أن يكون النبي ﷺ قالها في أوقات مختلفة، ونقل كل واحد من الرواة ما سمع، ويحتمل أن يكون النبي ﷺ قال لفظاً في وقت ونقله الرواة بالمعنى. تكملة المجموع ١١:٤١١.

(٢) رواه البخاري: صحيح البخاري ٣:٧٦٠.
وجذَّ ــ بالجيم والذال المعجمة المشددة ــ : قطعوا ثمر النخل، وفي بعض الروايات أجذ: أي دخلوا في زمن الجذاذ «والدمان» ــ بضم الدال وفتحها وكسرها وتخفيف الميم ــ : فساد الطلع، ومراض ــ بالضم عند الأكثر، وروي بالكسر ــ : اسم لجميع الأمراض، وقشام ــ بضم القاف وتخفيف الشين ــ ، وهو: أن ينتفض ثمر النخل قبل أن يصير بلحاً، «وفإما لا»، ــ بكسر الألف ــ ومعناه: فإن لا تتركوا هذا... «وقال» القائل: هو أبو الزناد أحد رواة الحديث، وخارجة هو أحد فقهاء المدينة السبعة. والثريا هي النجم المعروف، والمراد طلوعها مع الفجر، وذلك علامة ابتداء نضج الثمار في بلاد الحجاز. عمدة القاري ١٢:٣ ــ ٤.

ما يستفاد من الأحاديث:

تدل هذه الأحاديث على الأحكام الآتية:

١ ــ أن بيع المعاومة وبيع السنين منهي عنهما، وهما بمعنى واحد هو أن يبيع ثمرة الشجرة أو الحديقة أكثر من عام[1] ومفهوم هذا أن بيع الثمر سنة واحدة غير منهي عنه، ولكن هذا المفهوم تمنعه الأحاديث الدالة بمنطوقها على النهي، وهي أحاديث النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه، فإنها تبين حكم بيع ثمر العام، وحديث المعاومة يبين حكم بيع ثمر الأعوام المقبلة[2] وعلة المنع الغرر، فإن الثمر مجهول الوجود، ومجهول المقدار إن وجد.

٢ ــ أن بيع الثمر قبل بدو صلاحه[3] منهي عنه، سواء ظهر الثمر على الشجرة أو لم يظهر، وسواء بيع ما ظهر منه على شرط أن يقطع في الحال، أو على شرط أن يترك على شجره إلى أن يدرك، أو من غير شرط هذا ولا ذاك، غير أن علة النهي تقيد هذا الإطلاق، فتجعل النهي خاصاً بما بيع على شرط الترك؛ وذلك لأن العلة وهي خوف هلاك الثمرة بسبب العاهة لا تتحق إلا فيما بيع على الترك، فإن ما بيع على القطع لا يتصور فيه الهلاك[4] وأما ما بيع على الإطلاق فإنه يرجع إلى أحد الأمرين: القطع أو الترك، والحكم في هذا هو العرف، فإن كان عرف البلد يحمل الإطلاق على الترك شمله النهي، وإن كان العرف يحمله على القطع لم يشمله النهي.

(١) النووي على مسلم ١٠:١٩٣، والسندي على سنن أبي داود ٧:٢٦٦.

(٢) على أن بعض العلماء فسَّر بيع المعاومة ببيع الشيء عاماً أو أكثر. انظر شرح النيل ٤:٦٢، وقصرها صاحب القاموس المحيط على بيع زرع العام وذكر لها معنى آخر هو أن تزيد على الدين شيئاً وتؤخره.

(٣) بدو صلاح الثمرة أن تصل إلى الحالة التي يمكن أن يشرع في الأكل منها.

(٤) فالمبيع مع شرط الترك مجهول الوجود فيمتنع بيعه، للغرر، والمبيع مع شرط القطع موجود فعلاً وقت العقد فلا غرر.

٣ ـ أن النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه موجه إلى العاقدين معاً، البائع لئلا يأكل مال المشتري بغير حق[١]، والمشتري لئلا يضيع ماله، ويعين البائع على أكل المال بالباطل.

٤ ـ أن النهي يشمل جميع أنواع الثمار، ثمر النخل وثمر غيره من الأشجار؛ وذلك لأن الأحاديث منها ما ورد فيه الثمر مطلقاً، ومنها ما ورد فيه مقيداً بثمر النخل، ولا يصح حمل المطلق على المقيد هنا؛ لأنه لا خصوصية للنخل، وإنما ذكر في بعض الأحاديث؛ لأنه كان الغالب عندهم، يؤيد هذا حديث أنس فقد جاء فيه «نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها وعن النخل حتى يزهو» وهذا صريح في أن الثمرة الأولى غير ثمرة النخل.

٥ ـ أن علة النهي هي خوف هلاك الثمر بسبب العاهة، وما يترتب على الهلاك من خصومات وأكل للمال بالباطل. والمراد العاهة التي يتكرر وجودها ويكثر بسببها الغرر في وجود الثمر، لا العاهة النادرة، فإن هذه لا سبيل إلى الأمن منها، والغرر الذي يحصل بسببها يسير جداً.

٦ ـ أن النهي للتحريم؛ وذلك لأن الأصل في النهي أن يكون للتحريم ولم يرد ما يصرفه إلى غيره، بل جاء في بعض الروايات ما يؤكد التحريم وهي قوله ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه»، أو «بم تستحل مال أخيك» فإن هذه العبارة تدل على أنه من أكل المال بغير حق، وهو حرام وعبارة «كالمشورة يشير بها، لكثرة خصومتهم» الواردة في حديث زيد بن ثابت، لا تصلح صارفاً للنهي عن ظاهره؛ لأنه لا مانع مطلقاً من أن يكون ما أشار به

(١) وقد يكون المشتري هو الآكل لمال البائع بغير حق، وذلك فيما إذا زاد المحصول على المعتاد زيادة واضحة، وقد كان الرسول ﷺ بليغاً في الاكتفاء بإظهار أبشع صور أكل المال بغير حق الناتجة عن هذا التعاقد، وهي حالة انعدام المبيع بالكلية.

النبي ﷺ عليهم ملزماً لهم، لا سيما وأن هذه المشورة جاءت بعد أن كثرت الخصومات في ذلك البيع، وكل عقد يؤدي إلى خصومة لا يجوز الإقدام عليه، على أن هذه العبارة من عند الصحابي، وأما قول الرسول ﷺ فهو «فإما لا فلا تتبايعوا حتى يبدو صلاح الثمرة»، وعلى هذا يكون بيع الثمر قبل بدو صلاحه غير صحيح، إذا بيع بشرط التبقية إلى أن ينضج، أو بيع على الإطلاق، وكان عرف المتعاقدين يحمل الإطلاق على التبقية.

٧ ـ أن بيع الثمر بعد بدو صلاحه جائز، سواء كان بشرط القطع أو بشرط الترك أو على الإطلاق؛ وذلك لأن النبي ﷺ جعل النهي ممتداً إلى غاية، وهي بدو الصلاح، وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفاً لما قبلها، ولأن العلة التي من أجلها منع بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وهي خوف العاهة منتفية في بيعه بعد بدو الصلاح، فإن السلامة من العاهة هي الغالبة بعد بدو الصلاح، فالمبيع هنا محقق الوجود عادة فينتفي الغرر أو يقل جداً[١].

أقوال الفقهاء في بيع الثمار

بيع الثمر قبل أن يظهر على الشجر:

لا يجوز بيع الثمر قبل أن يظهر على الشجر[٢]، وذلك كأن يبيع شخص لآخر ثمر شجرة معينة قبل ظهوره، أو يبيع ثمر حديقته قبل أن يظهر، ولا فرق بين أن يكون البيع عاماً واحداً أو أكثر من عام، ويطلق على البيع لأكثر من عام بيع

(١) جميع الأحكام التي ذكرتها تنطبق على الزرع لحديث أنس وحديث ابن عمر. انظر ص ١١٩ و ١٢٦، ويطلق على بيع الثمار والحبوب وهي خضر قبل أن يبدو صلاحها: بيع المخاضرة. عمدة القاري ١٢: ١٤، ونيل الأوطار ٥: ٢٤٨.

(٢) فتح القدير ٥: ١٩٢، وبداية المجتهد ٢: ١٤٩، والمهذب ١: ٢٦٢، والبحر الزخار ٣: ٣١٥، ونيل الأوطار ٥: ١٧٦، والمختصر النافع ص ١٥٣، وشرح النيل وشفاء العليل ٤: ٦٢.

المعاومة وبيع السنين، وعلة المنع الغرر؛ لأن الثمر المبيع مجهول الوجود، قد يظهر وقد لا يظهر، ومجهول المقدار إن وجد. وممن صرح بأن العلة هي الغرر الإمام مالك، فقد جاء في الموطأ: «وبيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها من بيع الغرر»[1] وصرح بذلك أيضاً محمد بن الحسن فقد جاء في الأصل؛ «وشراء الثمر قبل أن يخرج وأشباهه فاسد، لأنه يبتاع ما لم يكن بعد أو لم يدر ما هو، وقد بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر، وهذا عندنا من الغرر»[2].

ويأتي بعد هذين الإمامين، الشيرازي والكاساني فيجعلان العلة في منع بيع الثمر قبل ظهوره. كون المبيع معدوماً[3]، ويجعل ابن رشد هذا البيع من باب بيع ما لم يخلق، وبيع السنين والمعاومة[4]، ويجعله المرتضى من باب بيع «ما ليس عندك»[5]، ويوافق الشهيد الثاني الإمام مالكاً ومحمداً في التعليل بالغرر[6]، ويوافق الشيخ محمد بن يوسف أطفيش ابن رشد في جعله من بيع المعاومة[7]، وتعليل الشيرازي والكاساني وابن رشد يرجع إلى الغرر، أما تعليل المرتضى فلا أوافق عليه، لأن بيع ما ليس عندك لا يدخل فيه المعدوم، كما بينت سابقاً[8].

ولا يجوز عند الشيعة الإمامية بيع الثمرة قبل ظهورها عاماً واحداً، كأن يبيع ثمرة هذه النخلة هذا العام، وهذا موضع وفاق عندهم، وأما بيعها أزيد من عام

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٤: ٢٢٢.

(٢) الأصل ص ٩٤، ويلاحظ أن محمداً عبر بفاسد، مع أن هذا البيع باطل عند الحنفية.

(٣) المهذب ١: ٢٦٢، والبدائع ٥: ١٣٨.

(٤) بداية المجتهد ٢: ١٤٩.

(٥) البحر الزخار ٣: ٣١٥، على أن المرتضى يعلل منع بيع المعاومة بكونه بيع معدوم.

(٦) الروضة البهية ص ٣٠٣.

(٧) شرح النيل ٤: ٦٢.

(٨) انظر ص٣٣٨.

فالأصح عندهم عدم الجواز، وعلل صاحب الروضة البهية عدم الجواز بالغرر، ثم قال: «ولم يخالف فيه إلا الصدوق لصحيحة يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله رضي الله عنه الدالة على الجواز، ولا يخلو من قوة، إن لم يثبت الإجماع على خلافه»[1].

ولم أر خلافاً في منع بيع الثمر قبل ظهوره إلا هذا الذي ذكرته عن الإمامية، وما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين[2].

بيع الثمر بعد ظهوره على الشجر:

بيع الثمر بعد ظهوره قد يكون قبل بدو صلاحه، وقد يكون بعده، وفي كل من الحالين قد يباع بشرط القطع أي على أن يقطعه المشتري في الحال، وقد يباع بشرط الترك أو التبقية، أي على أن يترك في شجره حتى ينضج، وقد يباع مطلقاً من غير شرط القطع أو الترك.

---

(١) الروضة البهية ص ٣٠٣، والمختصر النافع ص ١٥٣.

(٢) بداية المجتهد ٢: ١٤٩، وشرح النيل ٤: ٦٢، وهذا الرأي يتعارض مع حديث النهي عن بيع السنين، وحديث النهي عن بيع الغرر، فإن من أظهر الأمثلة على بيع الغرر هذا النوع من البيع، ولم يرد في هذين المرجعين أكثر من نسبة الجواز إلى عمر، وابن الزبير.

وقد قرأت في القواعد النورانية الفقهية خبراً يبدو لي أنه سبب هذه النسبة، وهذا الخبر هو ما رواه حرب الكرماني في مسائله عن سعيد بن منصور قال: حدثنا عباد بن عباد، عن هشام بن عروة عن أبيه: أن أسيد بن حضير توفي وعليه ستة آلاف درهم فدعا عمر غرماءه فقبلهم أرضه سنين، وفيها النخل والشجر، فإن صح أن هذا هو ما اعتمد عليه من نسب الجواز إلى عمر فإن هذه النسبة لا تكون مقبولة، لأن الخبر لا يدل على أن عمر يجوز بيع السنين وكل ما يدل عليه، هو أن عمر أعطى غرماء أسيد أرضه ينتفعون بها، وبثمار شجرها، إلى أن يستوفوا ديونهم، وليس هذا من بيع الثمر سنين المنهى عنه.

وسنتكلم عن كل حالة من هذه الحالات:

بيع الثمر قبل بدو الصلاح[1] بشرط القطع:

إذا بيع الثمر بعد ظهوره على الشجر، ولكن قبل أن يبدو صلاحه، وشرط البائع على المشتري أن يقطعه في الحال، فالبيع صحيح إذا كان الثمر بحالة ينتفع بها، وهذا حكم واضح، لأنه ما دام المشتري سيقطع الثمر عقيب العقد، فلا غرر في هذا البيع مطلقاً، ولهذا فقد حكى بعض العلماء الإجماع على الجواز[2]، ولكنا مع هذا نجد ابن حزم يخالف في هذاالحكم، فيمنع هذا البيع عملاً بظاهر الحديث[3]، كما نجد روايات عن بعض العلماء توافق رأي ابن حزم. ففي البدائع: ومن مشايخنا من قال: لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه، وهو خلاف ظاهر الرواية[4]. وفي المحلى، وعمدة القاري: وقال ابن أبي ليلى، وسفيان الثوري:

(١) بدو الصلاح عند الحنفية أن يأمن الثمر عاهة الفساد، فتح القدير ٥:١٠٢، وعند المالكية: بدو الصلاح في الثمر أن يحمر أو يصفر، وفي العنب أن يسود وتبدو الحلاوة فيه، وفي سائر الفواكه والبقول أن تطيب للأكل، وفي الزرع أن ييبس ويشتد: القوانين الفقهية ص ٢٥٢. وعند الشافعية بدو صلاح الثمر أن يحمر أو يصفر وفي العنب الأسود أن يتموه، وفي الأبيض أن يرق ويحلو، وفي الزرع أن يشتد، وفي غيرها أن يطيب أكلها. المهذب ١:٢٧٩، وعند الحنابلة بدو الصلاح في النخل أن تظهر فيه الحمرة أو الصفرة، وكذلك كل ثمرة يتغير لونها عند صلاحها، فبدو صلاحها يكون بظهور ذلك اللون، وأما ما لا يتغير فبدو صلاحه بأن يبدو فيه النضج. المغني ٤:٨٣ و ٨٩ ـ ٩٠. وكل هذه التفاسير ترجع إلى معنى واحد، وهو بدو نضح الثمار وصلاحها للأكل.

(٢) المبسوط ١٢:١٩٥، وفتح القدير ٥:١٠١، والمنتقى ٤:٢١٨، والأم ٣:٤١، وتكملة المجموع ١١:٤١٢ ـ ٤١٤، والمغني ٤:٨١، والبحر الزخار ٣:٣٢٥، والمختصر النافع ص ١٥٣، وشرح النيل ٤:٦٣.

(٣) المحلى ٨:٤٢٤.

(٤) البدائع ٥:١٧٣.

لا يجوز بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها مطلقاً[1]، وإن كان ابن رشد قال: إن هذه رواية ضعيفة[2]. وفي الروض النضير أن عدم الجواز هو ظاهر كلام الهادي، والقاسم، والناصر، والمؤيد بالله قديماً[3].

ولعل هؤلاء المانعين تمسكوا كابن حزم بعموم الأحاديث التي تنهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه، ولم يلتفتوا لعلة المنع.

ما الحكم لو اشترى الثمرة بشرط القطع ثم أبقاها؟

لو اشترى الثمرة بشرط القطع، ثم لم يقطع، انفسخ البيع عند المالكية[4]، وعند الحنابلة على أصح الروايات[5]. وقال الحنفية، والشافعية، والشيعة الإمامية لا يبطل البيع بعدم القطع، ويلزم المشتري بالقطع، ولكن لو سمح له البائع بترك الثمرة جاز[6]. وعند الحنابلة رواية بعدم بطلان البيع إذا لم يقصد بشرط القطع الحيلة على إبقاء الثمر، قال ابن قدامة وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأن أكثر ما فيه أن المبيع اختلط بغيره[7].

لمن تكون الزيادة في حالة إبقاء الثمرة؟

واضح أن الزيادة عند من يقول ببطلان البيع تكون للبائع؛ لأن المشتري يرد الثمرة، ويأخذ الثمن، فكأن البيع لم يكن، وواضح أيضاً أن الزيادة عند من يقول بعدم البطلان تكون للمشتري إذا بقيت الثمرة بإذن من البائع عند من يرى صحة هذا

(١) المحلى ٨:٤٢٥، وعمدة القاري على صحيح البخاري ١٢:٢.

(٢) بداية المجتهد ٢:١٤٩.

(٣) الروض النضير ٣:٢٧٨، وقد أيد الشوكاني هذا الرأي، نيل الأوطار ٥:٢٧٦.

(٤) القوانين الفقهية ص ٢٥٣.

(٥) المغني ٤:٨٤.

(٦) البدائع ٥:١٧٣، وتكملة المجموع شرح المهذب ١١:٤١٣، والروضة البهية ٤:٣٠٤.

(٧) المغني ٤:٨٥، وانظر البحر الزخار ٣:٣١٥.

الإذن ؛ أما إذا بقيت بغير إذن، فالظاهر أن الزيادة تكون مشتركة بين البائع والمشتري؛ لحصولها في ملكهما، ملك المشتري للثمرة وملك البائع للأصل، وهناك أقوال أخرى في مستحق الزيادة في كل حالة من هذه الحالات ذكرها ابن قدامة في المغنى[١].

بيع الثمار قبل بدو الصلاح بشرط الترك:

إذا بيع الثمر بعد ظهوره، ولكن قبل أن يبدو صلاحه، وشرط المشتري على البائع أن يبقى الثمر على الشجر حتى ينضج فإن البيع فاسد عند جمهور الفقهاء[٢] عملاً بالحديث الذي ينهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه. وقد حكى بعض العلماء[٣] الإجماع على المنع، وهو منقوض بما سنرويه من جوازه عند بعض الفقهاء.

وعلة فساده ثلاثة أمور:

١ ــ الغرر: لأنه لا يدري هل يبقى الثمر إلى أن يدرك أم تصيبه آفة فيهلك[٤].

٢ ــ إن فيه شرطاً فاسداً هو اشتراط شغل ملك الغير؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه مصلحة للمشتري، ولم يجر به العرف، فيفسد به العقد، كما لو اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً.

---

(١) المغني ٤: ٨٥ ــ ٨٦.

(٢) الأصل لمحمد ص ٩٥، والقوانين الفقهية ٢٥٢، والأم ٣: ٤١، والمغني ٤: ٨١، والبحر الزخار ٣: ٣١٥، ومجموع الفقه الكبير مع الروض النضير ٣: ٢٧٨، وشرح النيل ٤: ٦٣، وانظر المدخل للفقه الإسلامي ص ٥٨٠.

(٣) المغني ٤: ٨١.

(٤) المنتقى ٤: ٢١٨، والمهذب ١: ٢٧٩، والمبسوط ١٢: ١٩٤.

٣ ــ إنه يتضمن صفقة في صفقة؛ لأن الترك إن كان بأجر فهو إجارة في بيع، وإن كان بغير أجر فهو إعارة في بيع، وكلاهما منهي عنه[١].

المجوزون لبيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك:

روى الباجي أن يزيد بن حبيب يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط التبقية في العرية[٢]. وروى العيني عنه ذلك، ولم يقيده بالعرية[٣]. وروى ابن رشد أن اللخمي يجوزه أيضاً، تخريجاً على مذهب مالك[٤]، ولم يبين ابن رشد وجه هذا التخريج.

الشيعة الإمامية:

يجوز عند الشيعة الإمامية بيع الثمر بعد ظهوره، وقبل بدو صلاحه في أربع حالات بلا خلاف بينهم:

الأولى: أن يباع بشرط القطع، وقد ذكرناها في موضعها[٥].

الثانية: أن يباع مع الضميمة، أي مع شيء يصح إفراده بالبيع.

الثالثة: أن يباع الثمر أزيد من سنة بأن تباع الثمرة الظاهرة، وما يتجدد في تلك السنة وفي غيرها، مع بيان عدد السنين، لأن الظاهر من الثمرة يكون بمنزلة الضميمة إلى المعدوم، سواء كانت الثمرة المتجددة من جنس الخارجة أو من غيره.

---

(١) فتح القدير ٥: ١٠٢، والبدائع ٥: ١٧٣، والمبسوط ١٢: ١٩٤، والروض النضير ٣: ٢٧٩.

(٢) المنتقى ٤: ٢١٨، وانظر ص٢٤٨.

(٣) عمدة القاري ١٢: ٢.

(٤) بداية المجتهد ٢: ١٤٩.

(٥) انظر ص٣٨٢.

الرابعة: أن يباع مع الأصل، وهو معنى الضميمة[1].

أما بيعه في غير هذه الحالات ففيه خلاف، قول بالمنع، وهو رأي الأكثر، والقول الآخر بالجواز مع الكراهة؛ وهو الأقرب عند الشهيد الأول، جمعاً بين الأخبار، بحمل ما دل منها على النهي على الكراهة[2].

بيع الثمر بعد الظهور، وقبل بدو الصلاح من غير شرط:

إذا بيع الثمر بعد ظهوره ولكن قبل أن يبدو صلاحه، ولم يشترط في العقد تركه على الشجر حتى ينضج، ولا قطعه في الحال، فالبيع غير صحيح عند أكثر الفقهاء؛ لأن إطلاق العقد يقتضي التبقية، إذ العادة في الثمار تركها على الشجرة إلى أن تنضج، فيكون البيع المطلق كالبيع الذي شرطت فيه التبقية في المنع[3].

---

(١) يستفاد من هذا الحكم ومما تقدم في بيع الآبق أن الضميمة عند الشيعة الإمامية من العوامل التي تؤثر على الغرر، فتصحح بعض ما كان ممنوعاً بسببه، فالغرر الناشيء عن عدم القدرة على التسليم لا يفسد البيع، كما في بيع الآبق مع الضميمة، والغرر الناشيء عن عدم وجود المحل لا يفسد البيع أيضاً، إذا صاحبت المعدوم الضميمة، كما في بيع الثمر أعواماً.

(٢) المختصر النافع ص ١٥٣، والروضة البهية ص ٣٠٣ ـ ٣٠٤، وننقل هنا عبارة الشهيد الأول في اللمعة: «ولا يجوز بيع الثمرة قبل ظهورها عاماً ولا أزيد على الأصح، ويجوز بعد بدو صلاحها، وفي جوازه قبله بعد الظهور خلاف، أقربه الكراهة، وتزول بالضميمة أو شرط القطع أو بيعها مع الأصول... كما يجوز شراء الثمرة الظاهرة وما يتجدد في تلك السنة وفي غيرها».

(٣) المنتقى ٤: ٢١٨ و ٢١٩، والقوانين الفقهية ٢٥٣، في مذهب المالكية قول بالجواز رواه ابن القاسم في المدونة، وهو مبني على أن مقتضى البيع المطلق القطع فهو متفق مع مذهب الحنفية الآتي بيانه، ولكن القول بعدم الجواز هو المشهور عن مالك. والمهذب ١: ٢٧٩، والمغني ٤: ٨١، والبحر الزخار ٣: ٣١٥. القول بعدم الصحة رأي الهادي والقاسم

ويرى الحنفية أن الثمر إن كان بحالة يمكن أن ينتفع به فالبيع جائز، ويجب على المشتري قطع الثمر في الحال؛ لأن مطلق العقد يقتضي تسليم المعقود عليه في الحال، فهو وشرط القطع سواء، فالحنفية يحملون البيع الخالي من شرط القطع ومن شرط الترك على القطع، ويردون رأي من يقول بأن الإطلاق يقتضي الترك بأن الترك ليس مشروطاً نصاً، فلا يجوز تقييد العقد به، خصوصاً إذا كان في التقييد فساد العقد[1].

ويبدو هذا الحكم غريباً من الحنفية، لأن من القواعد المسلم بها عندهم أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ومما لا نزاع فيه أن المتعارف عليه عند الناس ترك الثمر على الشجر إلى أن ينضج لا قطعه، ولعل الذي دفع الحنفية إلى هذا هو أن حمل معاملات الناس على الصحة ما دام ذلك ممكناً أولى من حملها على الفساد، ولما كان القول بأن الإطلاق يقتضي الترك يترتب عليه فساد العقد، والقول بأنه يقتضي القطع، يترتب عليه صحة العقد، وجب الأخذ بما يؤدي إلى الصحة، وقد أشار الكاساني إلى هذا في رده على الجمهور الذي ذكرنا خلاصته سابقاً، وهذا تبرير لا يخلو من وجاهة، بالرغم من مخالفته للقاعدة[2].

أما إن كان الثمر لا ينتفع به بأي وجه من الوجوه فقد اختلف مشايخ الحنفية في صحة بيعه، فقيل: لا يجوز، وهو ما ذكره شمس الأئمة السرخسي، ونسبه قاضيخان لعامة المشايخ، لأن الثمر الذي لا ينتفع به ليس مالاً متقوماً، وقيل:

والناصر، عملاً بالحديث، وقال زيد والمؤيد ويحيى: يصح لعموم قوله تعالىٰ: ﴿وأحل الله البيع﴾. وشرح النيل، وفي مذهب الإباضية قول بالصحة، ولكن المنع هو الصحيح. ويقول ابن رشد: إن القول بعدم الجواز هو قول إسحق، والليث، والثوري، وجمهور فقهاء الأمصار. بداية المجتهد ٢: ١٤٩.

(١) البدائع ٥: ١٧٣.

(٢) انظر حاشية ابن عابدين ٤: ٥٤.

يجوز البيع؛ قال الكمال: وهو الصحيح؛ لأنه مال متقوم؛ لكونه منتفعاً به مستقبلاً، وإن لم يكن منتفعاً به في الحال[1].

ما الحكم لو لم يقطع المشتري الثمر في هذه الحالة؟

إذا اشترى الثمر من غير شرط وتركه على الشجر إلى أن نضج، فإن هذا الترك لا يؤثر في صحة البيع، غير أنه إن كان ذلك الترك بإذن من البائع، فإن الزيادة تطيب للمشتري؛ لأن البائع قد أذنه في الترك.

وهذا الإذن الذي تطيب به الزيادة للمشتري قد يكون إذناً مجرداً، كأن يقول البائع للمشتري: أذنتك في إبقاء الثمر ونحوه، وقد يكون إذناً ضمنا، وذلك كما لو استأجر مشتري الثمرة الشجر إلى أن يدرك الثمر، فإن هذه، الإجارة تتضمن الإذن بترك الثمر على الشجر، بالرغم من أنها إجارة باطلة؛ لعدم تعارف إجارة الأشجار المجردة فتبطل الإجارة، ويبقى الإذن[2].

أما إن ترك المشتري الثمر إلى أن نضج بغير إذن من البائع، فلا تطيب له الزيادة؛ لأنها حصلت بطريق محظور، وعليه أن يتصدق بها[3].

(١) المبسوط ١٢:١٩٥، وفتح القدير ٥:١٠٢، ولا يخفى أن ما قاله الكمال غير منسجم مع ما يراه الحنفية من أن الإطلاق محمول على القطع، لأنه إذا كان المشتري سيلزم بقطع ما اشتراه في الحال فكيف يتم الانتفاع به في المستقبل؟ اللهم إلا أن يقال: إن هذا مبني على التعويل على إذن البائع بترك الثمر حتى يصبح منتفعاً به، وسيأتي أن هذا الإذن يسوغ للمشتري الانتفاع بالثمر.

(٢) هذا منطق غير سليم في نظري، لأن البائع لم يأذن للمشتري بإبقاء الثمر، إلا لأنه استأجر منه الشجر، فإذا بطلت الإجارة وجب أن يبطل الإذن، ومن قواعد الحنفية: إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه، على أني أرى في تسمية هذا إذناً تجوزاً، لأنه في الواقع ليس إذناً، وإنما هو حق تابع للإجارة، فإما أن تصح الإجارة فيثبت، وإما أن تبطل فلا يثبت. انظر ابن عابدين ٤:٥٤.

(٣) الهداية مع فتح القدير والعناية ٥:١٠٢، والبدائع ٥:١٦٦، ١٧٣.

بيع الثمر على الشجر بعد بدو صلاحه:

يجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه بشرط القطع، وهذا لا خلاف فيه إلا ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وعكرمة: أنه لا يجوز بيع الثمر إلا بعد الصرام، ولم يذكر ابن رشد، راوي هذا الخبر، دليلاً عليه[1] وهو قول مردود بمفهوم الأحاديث التي تنهى عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وبالقواعد العامة التي تصحح البيع، ما دام صادراً من أهله في محله[2].

ويجوز بيع الثمر بعد بدو صلاحه، بشرط الترك عند المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والإمامية، والإباضية، وبعض الزيدية، عملا بمفهوم الأحاديث التي تنهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، فإن مفهومها إباحة البيع بعد بدو الصلاح، وإلا لما كانت لذكره فائدة، ثم إن البيع المنهى عنه قبل بدو الصلاح هو البيع بشرط الترك، بدليل التعليل بخوف العاهة؛ لأن ما يقطع في الحال لا يخشى عليه من العاهة، ولما كانت الثمرة بعد بدو صلاحها مأمونة من العاهة وجب أن يجوز بيعها على التبقية؛ لزوال علة المنع[3].

وقال الحنفية: لا يصح البيع بشرط الترك إلى أن ينضج إذا كان الثمر لم يتناه عظمه[4]، وهذا باتفاق أئمتهم.

(١) بداية المجتهد ٢:١٤٩.

(٢) انظر ص٣٧٩.

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٠٢، والأم ٣:٤١، والمغني ٤:٨٦ ـ ٨٧، والمحلى ١:٤٢٦، والروضة البهية ص ٣٠٣، وشرح النيل ٤:٦٥، والبحر الزخار ٣:٣١٥. لكن من أجازه من الزيدية، وهم القاسمية، يشترط أن تكون مدة الترك معلومة ليزول الغرر.

(٤) تناهي عظم الثمار: أن يصير إلى الحالة التي لا يزداد بعدها ولكنه لم ينضج. المبسوط ١٢:١٩٤.

وعللوا المنع بعلتين، إحداهما، أن البيع بشرط الترك فيه شرط فاسد، والأخرى، أنه يتضمن صفقة في صفقة كما تقدم[١].

أما إن كان الثمر قد تناهى عظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، وهو القياس، للعلة التي ذكرناها فيما لم يتناه عظمه، جائز عند محمد، استحساناً، ووجه الاستحسان أن مدة الترك فيما تناهى عظمه يسيرة، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير، وقد تعارف الناس على التعامل بشرط الترك فيما تناهى عظمه، فكان شرطاً صحيحاً؛ لجريان العرف به[٢]، ولم يتعارفوا عليه فيما لم يتناه عظمه. ثم إن ما لم يتناه عظمه يكون مشروطاً فيه الجزء المعدوم، وهو الذي يزيد لمعنى من الأرض أو الشجر، فكأنه ضم المعدوم إلى الموجود، واشتراهما، بخلاف ما تناهى عظمه فإنه لا يأخذ للزيادة من ملك البائع شيئاً، ولكن كما يقول السرخسي: «الشمس تنضجه بتقدير الله، ويأخذ اللون من القمر بتقدير الله، والطعم من الكواكب بتقدير الله، فلم يبق فيه إلا عمل الشمس والقمر والكواكب».

وقد اختلف فقهاء الحنفية فيما عليه الفتوى من الرأيين، فقال بعضهم: الفتوى على قول الشيخين، وقال آخرون: الفتوى على قول محمد، واختار هذا الرأي الطحاوي، لعموم البلوى؛ ورجحه ابن عابدين؛ لأنه الاستحسان[٣].

وأود أن أنبه إلى أن الخلاف بين أئمة الحنفية في بيع ما تناهى عظمه من الثمار بشرط الترك، خاص ببيعه بعد بدو صلاحه، ولا يأتي في بيعه قبل بدو

---

(١) انظر ص٣٨٥.

(٢) رد الكاساني هذا بأن العرف لم يجر بشرط الترك، وإنما جرى بالمسامحة بالترك من غير شرط في عقد البيع. ويبدو أنه ممن يرّجح قول الشيخين. البدائع ٥: ١٧٣.

(٣) المبسوط ١٢: ١٩٥ ــ ١٩٦، والبدائع ٥: ١٧٣، وفتح القدير ٥: ١٠٢ و ١٠٣، وابن عابدين ٤: ٥٤، والفتاوي الهندية ٣: ١٤٧.

الصلاح كما فهم ذلك الدكتور السنهوري[١]؛ فإن بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك فاسد باتفاق أئمة الحنفية.

واتفق الشيعة الزيدية على أن البيع لا يصح مع شرط البقاء إن جهلت المدة للغرر، وقال المؤيد: لا يصح، ولو كانت المدة معلومة، للنهي عن بيع وشرط[٢].

وأما بيع الثمر بعد بدو صلاحه من غير شرط القطع أو الترك فجائز عند الجميع، غير أن مقتضى الإطلاق عند جمهور الفقهاء الترك، فيكون الأمر كما لو باعه بشرط الترك، وهو جائز هنا.

وعند الحنفية مقتضى الإطلاق القطع، ولذا يلزمون المشتري بالقطع في الحال، فإن لم يقطع إلى أن نضج الثمر، لا يفسد البيع، ولكن لا تطيب للمشتري

---

(١) مصادر الحق ٣: ١٣ ــ ٢٦، فقد قرر الدكتور السنهوري في أكثر من موضع من كتابه أن محمداً يجوز بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك إذا تناهى عظمه، والواقع أن كتب الحنفية ليست واضحة كل الوضوح في هذه المسألة، فكثير منها يقرر حكم بيع الثمر قبل بدو صلاحه وبعده، ثم يذكر الخلاف فيما تناهى عظمه مما يوهم أنه شامل للحالين، ولكن بعض عبارات الفقهاء صريحة في أن الخلاف هو فيما بدا صلاحه كعبارة الكاساني، والكمال، وابن عابدين، بل إن ابن عابدين استعمل «تناهي صلاحه»، بدل «تناهي عظمه»، على أن المسألة في نظري واضحة، لا ينبغي أن يحصل فيها لبس بسبب عدم تصريح بعض الكتب بها، فإن تناهى عظم الثمار مرتبة تأتي بعد مرتبة بدو الصلاح، فلا يصح أن يوصف ما لم يبد صلاحه من الثمار بأنه قد تناهى عظمه. ثم لو كان تناهي العظم يمكن أن يحدث قبل بدو الصلاح لترتب على هذا أن كل ما بدا صلاحه يصح بيعه بشرط الترك عند محمد، ولم أر هذا في كتاب من كتب الحنفية ولا غيرهم، ووجدت في كتب الحنفية من يقرر الخلاف فيما بدا صلاحه صراحة. البدائع ٥: ١٧٣، وهذا يعني أن كل ما لم يبد صلاحه من الثمار لم يتناه عظمه.

(٢) البحر الزخار ٣: ٣١٥.

الزيادة إن كان الترك بغير إذن البائع، ولم يكن الثمر قد تناهى صلاحه، وتطيب له الزيادة إن كان الترك بإذن من البائع، أو كان الثمر قد تناهى صلاحه، ولو لم يأذن البائع، غير أن على المشتري في هذه الحالة إثم غصب المنفعة[1].

تلخيص آراء الفقهاء في حكم بيع الثمار

يتبين مما تقدم:

١ ــ أن بيع الثمار قبل أن تخلق لا يجوز عند جميع الفقهاء، إلا ما روى عن عمر بن الخطاب، وابن الزبير، وبعض الشيعة الإمامية من جواز بيع السنين.

٢ ــ وأن بيعها بعد أن تخلق، وهي على الشجر لا يجوز عند أبي سلمة بن عبد الرحمن، وعكرمة، فلا تباع الثمار عندهما إلا بعد القطع.

ويجوز عند سائر الفقهاء على التفصيل الآتي:

(أ) إن كان البيع قبد بدو الصلاح لا يجوز مطلقاً، عند سفيان الثوري، وابن أبي ليلى، وابن حزم، وبعض مشايخ الحنفية، وبعض أئمة الشيعة الإمامية.

ويجوز عند باقي الفقهاء على التفصيل الآتي:

١ ــ إن كان بشرط القطع يجوز عندهم جميعاً.

٢ ــ وإن كان بشرط الترك لا يجوز عند الجمهور منهم، ويجوز عند يزيد بن أبي حبيب، واللخمي، ويجوز في رأي للشيعة الإمامية مع الكراهة، ويجوز من غير كراهة باتفاقهم إذا كان مع الضميمة.

(١) المراجع السابقة. وقد اختلف الفقهاء في مقدار بدو الصلاح الذي يجوز البيع على أقوال متعددة أرجحها عندي هو: أنه إذا بدا الصلاح في نوع من الثمار في بستان من بساتين البلد جاز بيع الثمر الذي من نوعه في ذلك البستان وفي البساتين الأخرى في البلد، لأن العادة أن النوع الواحد في البلد الواحد يتلاحق إدراكه، ويأمن العاهة في وقت واحد، وانظر في هذا الموضوع. عمدة القاري ١٢: ٥، وبداية المجتهد ٢: ١٥٢، والمغني ٤: ٨٧ ــ ٨٨.

٣ ــ وإن كان على الإطلاق لا يجوز عند الجمهور، ويجوز عند الحنفية.

(ب) وإن كان البيع بعد بدو الصلاح فهو جائز عند الجمهور منهم، سواء كان مع شرط القطع، أو الترك، أو على الإطلاق؛ وقال الحنفية: لا يجوز مع شرط الترك فيما لم يتناه عظمه، وقال الشيعة الزيدية: لا يجوز مع شرط الترك إن جهلت المدة، وقال المؤيد بالله: لا يجوز، ولو علمت المدة.

والذي أرجحه من هذه الآراء هو: أن بيع الثمر قبل ظهوره لا يجوز، وأن بيعه بعد الظهور وقبل بدو الصلاح. يجوز بشرط القطع، ولا يجوز بشرط الترك، ولا على الإطلاق، لأن العرف الآن أن الإطلاق يقتضي الترك، كما أرجح الجواز في بيع الثمر بعد بدو صلاحه بشرط الترك. وهذا الذي رجحته من آراء الفقهاء هو ما سبق أن استنبطته من الأحاديث.

بقيت كلمة أخيرة هي: أن النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه جاء معللا بعلة منصوص عليها، هي خوف العاهة، ومقتضى هذا أن يستمر النهي ما دامت العلة موجودة، فإذا زالت العلة بأي سبب من الأسباب زال النهي، ولهذا جوز جمهور الفقهاء البيع بعد بدو الصلاح بشرط الترك.

ينتهي بنا هذا إلى أنه إذا كان هناك نوع من الثمار لا تصيبه العاهة، فإن بيعه يجوز، ولو كان البيع قبل بدو الصلاح، وأنه إذا كانت العاهات تندر في بلد من البلاد بسبب طبيعة البلد، أو بسبب التغلب على العاهات بالطرق العلمية الحديثة، فلا حرج في بيع ثمار ذلك البلد قبل بدو صلاحها. وهذا يتفق مع القاعدة التي قررناها سابقاً، وهي أن بيع المعدوم المحقق الوجود بحسب العادة جائز؛ فإن الثمر مع أمن العاهة يصبح محقق الوجود عادة فينتفي الغرر، والله أعلم.

بيع الثمر والزرع الذي يوجد بعضه بعد بعض

اختلف الفقهاء في الثمر والزرع الذي لا يوجد كله في وقت واحد، وإنما

تتلاحق أفراده، فيظهر بعضها بعد بعض أو ــ كما يعبر بعض الفقهاء ــ يثمر بطوناً مختلفة، وذلك كالبطيخ والقثاء والباذنجان والقرع، هل يجوز بيع ما لم يظهر منه مع ما ظهر وبدا صلاحه، أم لا يجوز بيع إلا ما ظهر منه؟

قال جمهور الفقهاء: لا يجوز بيع ما لم يوجد منه مع ما وجد وبدا صلاحه، أي لا يصح بيع إلا ما ظهر منه، وبدا صلاحه وحده، فلا يباع البطيخ ونحوه إلا لقطة لقطة، ويحتجون بأن ما لم يظهر من الثمر معدوم، فلا يجوز بيعه، كما لم يجز بيع ما يثمر بطناً واحداً قبل ظهور الثمر، فكلاهما من بيع ما لم يخلق. وهذا هو قول الحنفية في ظاهر المذهب[١]، وقول الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، والظاهرية[٤]، والشيعة الزيدية[٥]، والإباضية[٦]. وهو قول الحسن، وإبراهيم النخعي، والشعبي، وعطاء، ومجاهد[٧]. وأكثر الفقهاء تشدداً في المنع الشافعي، وابن حزم.

يقول الشافعي في الأم: «وإذا حرم رسول الله ﷺ بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها، وهي ترى، كان بيع ما لم ير ولم يبد صلاحه أحرم. لأنه يزيد عليه ألا يرى» ويقول في موضع آخر: «ولا وجه لقول من قال: يجوز في الخربز[٨] والقثاء

(١) المبسوط ١٢: ١٩٧.
(٢) تكملة المجموع ١١: ٤٦١ ــ ٤٦٣ و٤٩٥.
(٣) المغني ٤: ٩٠.
(٤) المحلى ٨: ٤٠٧.
(٥) البحر الزخار ٣: ٣١٧.
(٦) شرح النيل ٤: ٧٢ ــ ٧٣، في مذهب الإباضية قول ضعيف بالجواز إذا لم يذكر في العقد أنه يشتري الغلة الحاضرة، والتي تزيد، ويكون للمشتري في هذه الحالة غلة سنة.
(٧) المحلى ٨: ٢٠٧.
(٨) الخربز: نوع من البطيخ.

إذا بدا صلاحهما أن يشتريهما، فيكون لصاحبهما ما ينبت أصلهما، يأخذ كل ما خرج منهما.. وهذا عندي ــ والله تعالى أعلم ــ من الوجوه التي لم أكن أحسب أحداً يغلط إلى مثلها، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها، لئلا تصيبها العاهة، فكيف لا ينهى عن بيع ما لم يخلق قط.. أيجوز أن يشتري ثمر النخل قد بدا صلاحه ثلاث سنين فيكون له، فإن كان لا يجوز إلا عند كل ثمرة، وبعد أن يبدو صلاحها لم يجز في القثاء والخربز إلا ذلك، وليس حمل القثاء مرة يحل بيع حمله ثانية، ولم يكن حمله بعد، ولحمل النخل أولى ألا يخلف في المواضع التي لا تعطش، وأقرب من حمل القثاء الذي إنما أصله بقلة يأكلها الدود، ويفسدها السموم والبرد، وتأكلها الماشية، ويختلف حملها، ولو جاز هذا جاز شراء أولاد الغنم وكل أنثى، وكان إذا اشترى ولد شاة قد رآه، جاز أن يشتري ولدها ثانية ولم يره، وهذا لا يجوز»[١].

ويقول ابن حزم: «ويجوز بيع ما ظهر من المقاثي وإن كان صغيراً جداً. لأنه يؤكل، ولا يحل بيع ما لم يظهر بعد من المقاثي، والياسمين، والنور، وغير ذلك، ولا جزة ثانية من الفصيل، لأن كل ذلك بيع ما لم يخلق، ولعله لا يخلق، وإن خلق فلا يدري أحد غير الله تعالى ما كميته، ولا ما صفاته فهو حرام بكل وجه، وبيع غرر، وأكل مال بالباطل[٢].

وقال المالكية[٣]، والشيعة الإمامية[٤]، وبعض مشايخ الحنفية[٥] يجوز بيع ما لم يظهر مع ما ظهر وبدا صلاحه، ويقول ابن القيم: إن بعض أصحاب أحمد

(١) الأم ٢: ٤٢ و ٤٣.
(٢) المحلى ٨: ٤٧.
(٣) بداية المجتهد ٢: ١٥٧.
(٤) المختصر النافع ١٥٤.
(٥) البدائع ٥: ١٢٩.

جوزه أيضاً[١]. ويحتج هؤلاء بأن بيع هذه الأشياء لا يكون إلا على هذا الوجه، فيجوز للضرورة، وإن كان بعض الثمر لم يخلق، كما جاز بيع ما لم يطب من الثمر، مع ما طاب فيما يثمر بطناً واحداً باتفاق الفقهاء.

ونورد فيما يلي خلاصة مذهب المالكية والحنفية في هذا الموضوع:

يرى المالكية أن ما يوجد من الثمر أو الزرع بعضه بعد بعض «بطوناً مختلفة» إما أن يكون متصلاً أو غير متصل، فإن كان غير متصل لا يجوز بيع ما لم يخلق منه مع ما خلق، وحكم كل بطن منه مختص به كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير، وكالنخيل والتفاح والرمان والجوز، وإن كان متصلاً وتميزت بطونه كالفصيل الذي يجز مدة بعد مدة، ففيه روايتان في المذهب، إحداهما بالجواز، والأخرى بالمنع، أما ما اتصلت بطونه ولم يتميز أوله من آخره كالبطيخ، والقثاء، والباذنجان، والقرع، فلا خلاف في المذهب في جواز بيع ما لم يوجد منه مع ما وجد؛ لأنه لا يمكن حبس أوله على آخره، فجاز أن يباع ما لم يخلق مع ما خلق وبدا صلاحه، كما جاز باتفاق الفقهاء بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب فيما يثمر بطناً واحداً؛ للضرورة، فالغرر الذي في هذا البيع مغتفر للضرورة.

ويشترط لصحة البيع أن يكون شاملاً لجميع ما يخرج منه من غير تقدير بعدد في البطون أو مدة من الزمن، وإذا اختلف المشتري والبائع فأراد المشتري تبقية الأصل، وطالبه البائع بقلعه، رجع في ذلك إلى العرف في تلك الجهة، وليس في ذلك توقيت بمدة من الزمان، كالثمرة تشتري بعد بدو صلاحها، فإن الرجوع في بقائها في أشجارها إلى العرف والعادة[٢]. قال مالك في الموطأ: «والأمر عندنا في بيع البطيخ والقثاء والخربز والجزر أن بيعه إذا بدا صلاحه حلال جائز، ثم يكون

(١) إعلام الموقعين ١ : ٣٦١.

(٢) المنتقى ٢ : ٢٢ ـ ٢٢٤، وبداية المجتهد ٢ : ١٥٧.

للمشتري ما ينبت حتى ينقطع ثمره ويهلك، وليس في ذلك وقت يوقت، وذلك أن وقته معروف عند الناس[١].

أما الحنفية فقد عرفنا أن ظاهر المذهب لا يجوز بيع ما لم يظهر مع ما ظهر، ولكن هناك رواية عن محمد بالجواز، وقد أفتى به شمس الأئمة الحلواني، والإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري جاعلين المعدوم تبعاً للموجود، استحساناً لتعامل الناس وللضرورة. قال أبو بكر محمد بن الفضل: أجعل الموجود أصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً، واستحسن هذا لتعامل الناس، فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة، ولهم في ذلك عادة ظاهرة، وفي نزعهم عن عادتهم حرج بين.

وقد عارض السرخسي هذا الرأي، وقرر أن القول بعدم الجواز أصح، وتبعه غيره من فقهاء الحنفية، بحجة أنه ليست هناك ضرورة تدعو لجعل المعدوم تبعاً للموجود، فإنه يمكن في البطيخ والباذنجان مثلاً أن يشتري أصولهما حتى يكون ما يحدث في ملكه، وفي الثمار يمكن أن يشتري الموجود ببعض الثمن، ثم يؤخر العقد فيما بقي، إلى أن يصير منتفعا به، أو يشتري الموجود بجميع الثمن، ويحل له البائع أن ينتفع بما يحدث، وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن، ويستأجر الأرض بباقي الثمن مدة معلومة يعلم أن الزرع ينتهي فيها، فيحصل للمتبايعين بهذا الطريق مقصودهما، من غير مصادمة للنص الذي ينهي عن بيع المعدوم، وهو ما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم[٢].

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٤ : ٢٢٢ ويلاحظ أن الإمامية يختلفون عن المالكية في هذه النقطة، فإنهم يشترطون أن تكون اللقطات معلومة العدد. الروضة البهية ص ٣٠٤.

(٢) المبسوط ١٢ : ١٩٧، والبدائع ٥ : ١٣٩، وفتح القدير ٥ : ١٠٥، والزيلعي ٤ : ١٢. وقيَّد الزيلعي القول بالجواز بما إذا كان الموجود أكثر، ولم يذكر هذا القيد السرخسي ولا الكاساني.

وقد أيد ابن تيمية، وابن القيم رأي الإمام مالك ومن معه[1]، وهو رأي ظاهر الوجاهة لا ينبغي العدول عنه، فإن هذه الأشياء، ولا سيما البطيخ ونحوه، قد اعتاد الناس بيع ما لم يظهر منها، مع ما ظهر، لأن هذه هي الطريقة السليمة لبيعها، التي لا تؤدي إلى نزاع، ولا توقع في الحرج والمشقة؛ إذ لو ألزمنا الناس ببيع هذه الأشياء لقطة لقطة لأدى ذلك إلى التنازع، فإن وضع حد فاصل بين كل لقطة، والتي تليها أمر عسير جداً، ثم إن صاحب المقثاة لا يتيسر له وجود المشتري في كل وقت تكون فيه الثمرة صالحة للبيع، فيكون ذلك سبباً في ضياع ماله، وكلا الأمرين، التنازع وإضاعة المال، لا يرضاه الشارع، وهما اللذان حرم الشارع من أجلهما بيع الغرر[2]. وقد أدرك المانعون ما يترتب عليه قولهم من فساد، فالتمسوا لهم مخرجاً في بيع الأصول مع الثمر، أو إجارة الأرض بأجر اسمي أو.. أو.. كل هذا فرار من بيع المعدوم، وهم يعلمون أن مخارجهم هذه لم تغير في حقيقة الأمر شيئاً، فالمبيع لا يزال معدوماً، لأن المتبايعين لم يقصدا من التعاقد على شراء الأصول إلا شراء الثمرة التي ظهرت، والتي لم تظهر، والأمور بمقاصدها. ولو أن هؤلاء الفقهاء المانعين للبيع نظروا إلى الموضوع على ضوء الواقع ومصلحة العباد، ولم يتمسكوا بتطبيق قاعدة بطلان بيع المعدوم لأدركوا كما أدرك المجوزون أن هذه الأشياء لا يمكن بيعها إلا على وجه واحد هو بيع ما لم يظهر مع ما ظهر، وأن الشارع كما يقول ابن القيم: «لا ينهى عن بيع ما لا يباع إلا على وجه واحد» إذ لو فعل ذلك لأوقع الناس في الحرج الشديد.

(1) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٣٣، وإعلام الموقعين ١ : ٣٦١.

(2) ولهذا فإني أرجح عدم جواز بيع ما لم يظهر مع ما ظهر فيما يمكن أن تباع فيه كل لقطة على حدة من غير حرج كالبرسيم، وهذا الذي رجحته لا يخرج عن مذهب المالكية، فقد قدمنا أن في مذهبهم روايتين فيما يثمر بطوناً مختلفة إذا كان متصلاً وتميزت بطونه، رواية بجواز بيع ما لم يظهر، ورواية بعدم الجواز. راجع ص٣٩٦.

وإني لأعجب كيف فات هذا الإمام الشافعي، فسوى بين بيع ثمرة النخل قبل بدو صلاحها، وبيع ما لم يخرج من القثاء مع ما خرج، مع أن الفرق بينهما واضح، هو أنه لا حاجة تدعو إلى بيع ثمرة النخل قبل بدو صلاحها، وأن الوجه الأكمل الذي يقطع النزاع هو بيعها بعد بدو صلاحها، في حين أن بيع ما لم يظهر من القثاء، مع ما ظهر منه، وبدا صلاحه مما تدعو إليه الحاجة، وأن بيعه لقطة لقطة هو الذي يؤدي إلى النزاع. ثم إني لأعجب أكثر من الشافعي في قياسه بيع ثمر النخل قد بدا صلاحه ثلاث سنين، وبيع ما تلده الغنم، على بيع سائر بطون البطيخ مع البطن الأول، مع أن هذا من الوجوه التي ما كنت أحسب أحداً قط يغلط إلى مثلها، على حد تعبير الشافعي.

بيع المعدوم في القانون المصري

الغرر الناشىء عن بيع المعدوم لا يؤثر في صحة البيع في القانون، وإنما الذي يؤثر هو عدم وجود المبيع، إذا قصد المتبايعان التعاقد على شيء موجود وقت العقد، أو استحالة وجوده إذا قصدا التعاقد على شيء سيوجد مستقبلاً؛ لأن المبيع إذا لم يكن موجوداً في الحالة الأولى، أو كان مستحيل الوجود في الحالة الثانية، فإنه يستحيل على البائع في الحالين تنفيذ التزامه، والقاعدة أن المستحيل لا يلزم، فعلى هذا يشترط وجود الشيء المبيع وقت العقد إذا قصد المتبايعان التعاقد على شيء موجود فعلا، فإذا ظهر في هذه الحالة أن المبيع لم يكن موجوداً وقت العقد فإن البيع لا ينعقد، وذلك كما لو باع شخص منزلاً ثم ظهر أن المنزل احترق قبل العقد أو وقته[1]. ويشترط أيضاً ألا يكون المبيع مستحيل الوجود إذا كان التعاقد على شيء مستقبل.

(1) أما إذا كان المنزل موجوداً وقت التعاقد، ثم احترق قبل التسليم، فإن العقد ينعقد صحيحاً، ولكنه ينفسخ، لاستحالة تنفيذ البائع التزامه بتسليم المبيع للمشتري.

وهذان الشرطان يؤخذان من المادة (١٣٢) من القانون المدني المصري ونصها: «إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً»[1]، وهما شرطان بدهيان.

بيع الأشياء المستقبلة:

نصت الفقرة الأولى من المادة (١٣١) من التقنين المدني المصري على أنه: «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، وهذا يعني أن بيع الأشياء المعدومة وقت العقد جائز قانوناً، ما دام وجودها محتملاً في المستقبل، وبيع الأشياء المستقبلة له صورتان:

الصورة الأولى: أن يعلق البيع على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل، فإن تحقق الشرط أصبح البيع باتا، وإن لم يتحقق لا يتم البيع، مثال ذلك: أن يبيع شخص محصول قطن أرض معينة في سنة معينة قبل أن تنتج، ويجوز أن يكون البيع في هذه الصورة بسعر الوحدة، كأن يبيع القطن بسعر القنطار كذا، كما يجوز أن يكون بثمن معين لكل ما تنتجه الأرض من القطن، وفي هذه الحالة يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه، بصرف النظر عن الكمية التي تنتجها الأرض.

الصورة الثانية: أن يكون البيع منجزاً، أي: أن المشتري يتعاقد مع البائع على شراء الشيء المحتمل الوجود بثمن يلتزم بدفعه، وجد المبيع، أو لم يوجد، مثال ذلك: أن يبيع الصياد ضربة شبكته، أو يبيع الزارع ما تنتجه أرضه من القطن بثمن معين، فإن المشتري يجب عليه دفع الثمن، ولو لم يخرج في الشبكة شيء، أو تنتج الأرض شيئاً، فالفرق بين الصورتين أن المشتري في الصورة الأولى لا يدفع الثمن إذا لم يوجد شيء من المبيع، وقد لا يدفع إلا على مقدار ما يأخذ

(١) انظر ص ٣٥٠.

إذا كان البيع بسعر الوحدة، وقد يدفع أكثر أو أقل مما يأخذ إذا كان البيع جزافاً، أما في الصورة الثانية فإن المشتري قد يدفع أكثر أو أقل مما يأخذ، وقد يدفع الثمن ولا يأخذ شيئاً مطلقاً[1].

بيع التركة المستقبلة:

استثنى القانون المصري من قاعدة جواز التعامل في الأشياء المستقبلة التعامل في التركات المستقبلة، فأبطل جميع التصرفات التي ترد على تركة مستقبلة، ولو كانت برضا المورث، إلا في الأحوال التي نص القانون على جوازها، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (١٣١) من القانون المدني الجديد: «غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه، إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون».

(١) إذا لم يصرح المتعاقدان بنيتهما، فيما إذا كان البيع احتمالياً أو شرطياً فإنه ينظر عادة إلى الثمن، فإن كان أقل من الثمن العادي فإن البيع يكون احتمالياً، وإن كان قريباً من الثمن العادي أو زائداً عليه فإن البيع يكون شرطياً. وعند الشك يرجح أن البيع شرطي. لأن العرف جرى بأن المشتري لا يجازف في وجود المبيع نفسه. شرح القانون المدني الجديد للدكتور محمد كامل مرسي ٦:١٠٨ ـ ١٢٢، والوسيط للدكتور السنهوري ١:٣٧٥ ـ ٣٨٣ و ٤:١٩١ ـ ١٩٣، ونظرية العقد في قوانين البلاد العربية للدكتور الصده ٢:٣ ـ ١٢، وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي الجزء الأول ٨٥:٩٠ و ٩٥ ـ ٩٨.

ويلاحظ أن الأستاذ الدكتور الشرقاوي يرى أن بيع المال المستقبل بيع بات، وليس بيعاً معلقاً على شرط واقف، لأن تعليقه على وجود المال المبيع يعني إضافة كل آثاره إلى المستقبل، ومنها التزام المشتري بدفع الثمن في الحال، وهذا يتعارض مع قصد المتعاقدين في الصورة العادية لبيع الأموال المستقبلة، فإن من يبيع محصوله الزراعي قبل نضجه فإنما يقصد الحصول على الثمن في الحال، ولكن الدكتور الشرقاوي لا يرى مع هذا ما يمنع من اتفاق الطرفين صراحة على جعل وجود المبيع شرطاً واقفاً للبيع.

هذا وقد نص القانون على صحة الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصي بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه، فإن زادت قيمة ما عين لأحدهم على استحقاقه في التركة كانت الزيادة وصية ــ المادة (٩٠٨).

أما سائر التصرفات الأخرى من بيع، ومقايضة، وشركة، وصلح، وتنازل، الخ... فهي باطلة بطلاناً مطلقاً لا تصححه الإجازة الحاصلة بعد موت المورث؛ لأنه مناف للآداب العامة؛ لما فيه من معنى المضاربة على حياة إنسان على قيد الحياة، قد تدفع إلى القضاء عليه، ولأن في إجازته تشجيعا للمضاربين على استغلال حاجة الشخص الذي قد يضطر إلى بيع حقوقه في التركة بثمن بخس مما يضر بالحياة الاقتصادية. ولا فرق بين أن يكون التصرف وارداً على كل التركة أو على جزء منها، ولا فرق بين أن يكون المتصرف هو الوارث أو الموصى له أو المورث نفسه(١).

بيع المعدوم في القانون الإنجليزي:

يجوز في القانون الإنجليزي، كما في القانون المصري، أن يكون المبيع موجوداً وقت العقد كما يجوز أن يكون شيئاً مستقبلاً سيصنعه البائع أو يتحصل عليه بعد عقد البيع، وهو ما يعرف ببيع البضائع المستقبلة (Future Goods).

فالبضائع المستقبلة تشمل البضائع التي لم توجد، والبضائع الموجودة، ولكنها ليست عند البائع. ولا بد في بيع البضائع المستقبلة أن تكون محتملة الوجود، وتعتبر البضائع محتملة الوجود إذا كانت النتاج الطبيعي أو الزيادة المتوقعة لشيء مملوك، أو في حوزة البائع وقت إبرام العقد، مثال ذلك: القمح الذي سيزرع في أرض البائع، والصوف الذي سيجز من غنمه الموجودة، واللبن الذي سيحلب من بقره الموجودة، والأولاد التي ستلدها بهائمه الموجودة وما أشبه ذلك.

(١) المصادر السابقة.

وبيع البضائع المستقبلة يمكن أن يحصل في ثلاث صور مختلفة، فبيع المحصول لأرض معينة يصح أن يكون على أي شكل من الأشكال الثلاثة الآتية:

١ ــ أن يكون البيع معلقاً على وجود المحصول، بحيث إذا لم تنتج الأرض لا يوجد عقد مطلقاً.

٢ ــ أن يكون البيع منجزاً بمعنى أن البائع يضمن وجود المحصول، بحيث لو لم تنتج الأرض يكون مسؤولاً عن عدم التسليم.

٣ ــ أن يكون بيع حظ Sale of a spes يلتزم فيه المشتري بدفع الثمن، وجد المحصول أو لم يوجد.

وهذا الشكل الثالث قريب من القمار، ولكن بما أن البائع يناله مبلغ محدد على أي حال، فإن هذا البيع لا يدخل تحت الرهان، وعلى هذا فلا تطبق عليه المادة (١٨) من لائحة القمار لسنة ١٨٤٥(١).

مقارنة بين الشريعة والقانون في بيع الأشياء المستقبلة:

يتبين لنا مما تقدم أن الأشياء المستقبلة المحققة الوجود بحسب العادة يجوز بيعها في الشريعة والقانون، مثل بيع الثمر بعد بدو صلاحه، وبيع السلم، وبيع الاستصناع، وإنما يختلف الفقه مع القانون اختلافاً واسعاً في بيع الأشياء المستقبلة المحتملة الوجود، فالفقه الإسلامي لا يجوز هذا النوع من البيع إلا في حدود ضيقة، وعند بعض الفقهاء، وذلك في حالة ما إذا كان في إرجاء البيع إلى أن توجد تلك الأشياء أو تصبح محققة الوجود مشقة وحرج، مثال ذلك: بيع ما لم يظهر من البطيخ ونحوه مع ما ظهر منه وبدا صلاحه.

أما القانون فإنه يجوز بيع الأشياء المحتملة الوجود على أية صورة تراضي عليها المتبايعان، ولا يستثنى إلا بيع التركة المستقبلة، فالقانون يجوز للزارع مثلا

(١) The Sale of Goods Act 1893 Sect. 5.
The Sale of Goods, By P. S. Atiyah, P 28-30 & Sudan Law Reports (Civil) V. II, P 1299.

أن يبيع ما تنتجه أرضه من المحصول، ولو قبل زراعته بيعاً معلقاً على وجود المحصول، أو بيعاً منجزاً يضمن فيه وجود المحصول، أو بيعاً منجزاً يتحمل فيه المشتري تبعة عدم وجود المحصول، ولا مانع من أن يكون البيع جزافاً، أي لكل ما تنتجه الأرض، أو بسعر الوحدة، أي كل إردب بكذا.

وجميع هذه الصور وأمثالها ممنوعة في الفقه الإسلامي، غير أن بعضها لا خلاف فيه، بل لا مجال للاجتهاد فيه؛ لأنه قد ورد نص خاص بالنهي عنه، زيادة على النص العام الذي ينهى عن بيع الغرر، وذلك كبيع الزارع كل ما تنتجه أرضه، أو شجره قبل زراعته، أو بعدها، وقبل بدو صلاحه، وأمنه العاهة، لحديث النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه، ولا فرق بين أن يكون البيع معلقاً على وجود الزرع أو منجزاً لأن الغرر موجود في الحالتين، ففي حالة التعليق يأتيه الغرر من جهة الجهل بمقدار المبيع، وفي حالة التنجيز يأتيه الغرر من جهتين: الجهل بوجود المبيع، والجهل بمقداره إن وجد، وكبيع رب البهائم ما تلده بهائمه، أو الصياد ما تصيده شبكته؛ للنهي عن بيع ما في بطون الإناث، والنهي عن بيع ضربة الغائص، ولا شك أن منع هذه البيوع وأمثالها هو الصواب، لأنه بيع يؤدي إلى النزاع، أو إلى الندم والحسرة، وأكل المال بالباطل، ولا حاجة تدعو إليه.

ومن الصور التي يختلف فيها القانون مع الفقه الإسلامي، ويصح أن تكون محلا للبحث، ما إذا باع الزارع ما تنتجه أرضه أو شجره بسعر الوحدة، بأن يبيع الثمر الذي ستثمره حديقته، أو القطن الذي سيجنيه من أرضه، كل إردب بكذا، أو كل قنطار بكذا، إذ ربما يقال: إن البيع بهذه الكيفية ينبغي أن يكون صحيحاً في الفقه الإسلامي؛ لأنه لا غرر فيه؛ لأن المشتري سيدفع من الثمن بمقدار ما يأخذ من الثمر، أو القطن، ولو فرض أن الحديقة لم تثمر مطلقاً، فإن المشتري لا يدفع شيئا[1]، وقد يحتج لهذا بأن قوله ﷺ في حديث النهي عن بيع الثمر قبل بدو

(١) مصادر الحق ٣: ٥٧.

صلاحه: «أرأيت إذا منع الله الثمرة بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» يدل على أن المنهى عنه هو البيع جزافاً، أي بيع كل ما تثمره الشجرة أو الحديقة سواء أثمرت قليلاً، أو كثيراً، أو لم تثمر شيئاً؛ فيكون البيع بسعر الوحدة خارجاً من عموم هذا الحديث؛ لأنه ليس فيه أكل للمال بالباطل.

وهذه حجة وجيهة، ولكنها لا تكفي للحكم بجواز هذا البيع؛ لأنه قد تكون هناك أدلة أخرى غير حديث النهي عن بيع الثمر قبيل بدو صلاحه تمنع البيع، ولو كان بسعر الوحدة، فلنبحث إذاً عن تلك الأدلة المانعة:

يمكن أن يستدل على المنع بما يأتي:

١ ـ أن البيع بسعر الوحدة، وإن لم يكن فيه غرر من جهة الجهل بوجود المبيع، فإن فيه غرراً من جهة الجهل بحصول العقد نفسه، فإن العقد في هذه الحالة يكون معلقاً على وجود الثمر، وهو أمر محتمل الوجود، وقد عرفنا أن الفقهاء لا يجوزون البيع مع التعليق؛ لما فيه من الغرر، ولمعان أخرى[1]، وفيه أيضاً غرر من جهة الجهل بمقدار المبيع والثمن، إذ لا يدري أحد مقدار ما تثمره الحديقة لو أثمرت.

٢ ـ هذا البيع إما أن يكون من بيع الكالىء بالكالىء، أو من السلم في ثمر حائط بعينه، وكلاهما ممنوع؛ وذلك لأن المشتري إن لم يدفع الثمن، فهو بيع كالىء بكالىء، وإن دفع الثمن فهو سلم في معين[2]، وقد يدفع القائلون بصحة البيع هذه الحجة الثانية بأنها مبنية على أن البيع وقع منجزاً، في حين أن البيع المتنازع في صحته بيع معلق على وجود الثمر، ومعلوم أن البيع المعلق لا ينعقد إلا عند تحقق الأمر المعلق عليه، وبهذا تبطل الحجة الثانية، وتبقى الحجة الأولى

(١) انظر ص١٥٧ - ١٦٦.

(٢) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٣١.

وحدها، وهي تستند إلى أن تعليق البيع لا يجوز، والقول بعدم جواز تعليق البيع، وإن كان رأي الجمهور قد خالفه بعض الفقهاء، وبرأيهم نأخذ.

وأرى أن التعليق ينبغي ألا يجوز في هذه الحالة، لأنه ليست هناك حاجة تدعو إليه، ولا مصلحة فيه، بل قد تترتب عليه بعض المصاعب، فقد يظهر المحصول أكثر مما كان يتوقعه المشتري، فيعجز عن دفع ثمنه، وقد يتغير السعر وقت وجود المحصول تغيراً كبيراً عن السعر المتفق عليه، فيصيب أحد المتبايعين الندم والحسرة، فيدفعه هذا إما إلى التحايل على إبطال البيع، وإما إلى إمضائه على كره منه، فلا يتحقق الرضا الذي ينشده الشارع في البيع، فالمصلحة إذاً في منع بيع المحصولات المستقبلة قبل بدو صلاحها، ولو كان البيع معلقاً على وجودها، وبيعت بسعر الوحدة.

• • •

المبحث التاسع

عـدم رؤيـة المحـل

تمهيـد:

قد يكون المحل معلوم الجنس، والنوع، والصفة، والمقدار، والأجل موجوداً، ومقدوراً على تسليمه، ومع ذلك يدخله الغرر عند بعض الفقهاء؛ لأنه غير مرئي من أحد العاقدين، وذلك في حالة ما إذا كان المحل غائباً عن مجلس العقد، أو موجوداً في مجلس العقد، ولكنه غير مرئي لأحد المتعاقدين؛ إما لوجوده داخل غلاف، أو لأن أحد المتعاقدين أعمى.

وسنتكلم في هذا المبحث عن فرعين:

الفرع الأول: بيع العين الغائبة.

الفرع الثاني: بيع الأعمى وشراؤه.

الفـرع الأول

بيع العين الغائبة

ما المراد بالعين الغائبة؟

المراد بالعين الغائبة: العين المملوكة للبائع الموجودة في الخارج، ولكنها غير مرئية، سواء أكانت موجودة في مجلس العقد، أم غير موجودة، فالمراد

بالغيبة، الغيبة عن البصر، وعلى هذا فبيع المعدوم لا يدخل في بيع الغائب، وإن كان كل معدوم غائباً، وكذلك بيع ما لا يملكه البائع لا يدخل فيه؛ لأنه إن كان مرئياً فخروجه ظاهر، وإن لم يكن مرئياً فهو غائب وغير مملوك، وكلامنا إنما هو في بيع الغائب فقط، ويدخل في بيع الغائب ما كان حاضراً في مجلس العقد، ولكنه غير مرئي كشيء في بطن صندوق.

النصـوص:

١ ـ عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفع الحديث إلى النبي ﷺ قال: من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، إن شاء أخذه، وإن شاء تركه[١].

٢ ـ عن عمر بن إبراهيم بن خالد، عن وهب اليشكري، عن محمد بن سيرين، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه[٢].

---

(١) رواه البيهقي، والدارقطني، وابن أبي شيبة، واللفظ للبيهقي، هذا الحديث مرسل، لأن مكحولاً تابعي، وأبو بكر بن أبي مريم ضعيف، وقال ابن حزم: أبو بكر بن أبي مريم مذكور بالكذب. السنن الكبرى للبيهقي ٥:٢٦٨، ونصب الراية ٤:٩، والمجموع شرح المهذب ٩:٣٠٢، والمحلى ٨:٣٤١.

(٢) رواه البيهقي، والدارقطني، واللفظ للبيهقي.

قال الدارقطني: هذا حديث باطل لم يروه غير عمر بن إبراهيم المعروف بالكردي، وهو يضع الأحاديث، وقال: إن هذا الخبر يُروى عن ابن سيرين من قوله. وقال ابن القطان: والراوي عن الكردي داهر بن نوح وهو لا يعرف، ولعل الجناية منه. السنن الكبرى للبيهقي ٥:٢٦٨، ونصب الراية ٤:٩، والمجموع شرح المهذب ٩:٣٠٢.

ولم يسلم الشيعة الزيدية بتضعيف المحدثين لهذا الحديث. فقد جاء في البحر الزخار: وما قيل من أن هذا الخبر رواه ابن خالد، وكان كذاباً مردودٌ بأن الخبر رواه أئمة الزيدية، والرواية تعديل في الأصح. وقد روى الخبر من غير ابن خالد. البحر الزخار ٣:٣٢٤ و ٣٥١.

آراء الفقهاء في بيع العين الغائبة

المانعون لبيع العين الغائبة:

اختلف الفقهاء في جواز بيع العين الغائبة، فقال فريق منهم: لا يجوز بيع العين الغائبة، ولو وصفت وصفاً تاماً، ولو تقدمت رؤيتها، فلا بد عند هذا الفريق من مشاهدة العين المبيعة وقت العقد، وإلا كان العقد باطلاً، وهذا قول الشافعي في الجديد[١]، وقد صححه أكثر فقهاء الشافعية، وعليه فتوى الجمهور منهم بالنسبة للبيع بالصفة، وقال النووي: يتعين هذا القول، لأنه الآخر من نص الشافعي، فهو ناسخ لما قبله[٢]، أما البيع على الرؤية المتقدمة، فقد استقر المذهب على جوازه بالشروط التي نذكرها بعد إن شاء الله، وإن كان أبو القاسم الأنماطي قال: لا يجوز في قول الشافعي الجديد بيع الغائب على الرؤية المتقدمة مطلقاً[٣] وفي مذهب الحنابلة رواية بعدم صحة البيع على الصفة، وعلى الرؤية المتقدمة أيضاً[٤]، وكذلك في مذهب الإباضية قول بعدم صحة بيع العين التي تمكن رؤيتها، إلا إذا شوهدت، وأحاط كل من البائع والمشتري علماً بها[٥]، وممن قال بعدم صحة بيع العين الغائبة: الحكم، وحماد، فلا يجوز

ولم يذكر المرتضى الرواية الأخرى، ولعله يريد رواية ابن أبي مريم عن مكحول، وقد رأيت ما قاله المحدثون فيها.

وأرى أن هذين الحديثين لا يصلحان حجة في الموضوع.

(١) المهذب ١:٢٦٣.

(٢) المجموع ٩:٢٩٠. قال ابن حزم: «وما نعلم للشافعي في المنع من بيع الغائبات الموصوفات سلفاً». المحلى ٨:٣٤١.

(٣) المهذب ١:٢٦٤.

(٤) المغني ٣:٥٨٣.

(٥) شرح النيل ٤:١٤٣.

عندهما بيع العين الغائبة، حتى يراها كل من البائع والمشتري حال العقد[1].

ويستدل المانعون لبيع العين الغائبة على رأيهم بما يأتي:

١ ــ حديث النهي عن بيع الغرر؛ لأن في بيع الغائب غرراً ظاهراً، فهو شبيه ببيع المعدوم الموصوف، كحبل الحبلة وغيره[2].

هذا الاستدلال يتضمن دعويين:

الأولى: إن في بيع العين الغائبة غرراً ظاهراً.

الثانية: إن بيع العين الغائبة شبيهة ببيع المعدوم، الخ...

وكلتا الدعويين غير مسلم بهما، أما الدعوى الأولى فمقبولة بالنسبة لبيع العين الغائبة من غير صفة، وعلى طريق الإلزام، أما إذا بيعت العين الغائبة على الصفة المبينة لكل ما هو مقصود منها، فإن الغرر ينتفي، أو يقل إلى الدرجة التي لا يؤثر في صحة البيع قطعاً.

وقد وضح ابن رشد هذه النقطة توضيحاً شافياً في العبارات الآتية:

«وبيع السلعة الغائبة على الصفة خارج مما نهى عنه النبي ﷺ من بيع الغرر في مذهب مالك وجميع أصحابه...؛ لأن الصفة تقوم مقام رؤية الموصوف، قال رسول الله ﷺ: «لا تنعت المرأة للزوج حتى كأنه ينظر إليها، فشبه رسول الله المبالغة في الصفة بالنظر.

وقال تعالى: **﴿ولما جاءهم كتاب من عند الله مصدق لما معهم، وكانوا من قبل يستفتحون على الذين كفروا، فلما جاءهم ما عرفوا كفروا به، فلعنة الله على الكافرين﴾**[3].

(١) المغني ٣:٢٨٣، والمجموع ٩:٣٠١، وانظر المحلى ٨:٢٣٨ و ٣٤١، فإن ابن حزم يرى أن الحكم وحماداً لم يمنعا من بيع الغائب، وإنما منعا من بيع ما لم يره المشتري يوم الشراء.

(٢) المهذب ١:٢٦٣، والمجموع ٩:٣٠١.

(٣) سورة البقرة: الآية ٨٩.

فلما قال تعالى: **﴿فلما جاءهم ما عرفوا﴾** وهم لم يعرفوا النبي ﷺ قبل إلا بصفته التي وجدوها في التوراة، دل ذلك على أن المعرفة بالصفة معرفة بعين الشيء الموصوف.

وفي حديث أبي هريرة «لا ينظرون إليها ولا يخبرون عنها» دليل بين على أن الخبر عنها بمنزلة النظر إليها.

ثم إذا جاز أن يسلم الرجل في ثوب على صفته، ولم يكن ذلك غرراً، جاز أن يبتاعه على الصفة، ولا يكون ذلك غرراً، إذ لا فرق بين الموضعين»[1].

وأما الدعوى الثانية فهي دعوى غريبة حقاً، إذ كيف يشبه بيع العين الغائبة الموجودة التي يمكن وصفها وصفاً شاملاً من أحد المتبايعين ومن غيره، ببيع شيء معدوم لا يستطيع أحد أن يصف منه شيئاً، بل لا يدري أحد، أيوجد أم لا يوجد، كحبل الحبلة.

٢ ــ حديث «لا تبع ما ليس عندك»[2].

وقد رد الكاساني الاستدلال بهذا الحديث، بأن الحديث محتمل لأكثر من معنى، فهو يحتمل أن يكون المراد منه «بيع ما ليس بمملوك للبائع عن نفسه لا نيابة عن مالكه» ويحتمل أن يكون المراد منه «بيع شيء مباح على أن يستولى عليه فيملكه فيسلمه»، ثم يقول الكاساني: وهذا يوافق ما روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: بيع السمك في الماء غرر[3]. وقد بينت فيما تقدم أن هذا الحديث لا يتناول بيع الغائب، وإنما ورد في بيع ما ليس مملوكاً للبائع إذا كان البيع على أن يسلم المبيع في الحال[4]، ثم إن الغائب، كما يقول ابن حزم: «عند بائعه، لا مما ليس

(١) المقدمات ٢:٢٢٥ ــ ٢٢٦، وانظر أيضاً المحلى ٨:٣٤٠.

(٢) المجموع ٩:٣٠١.

(٣) البدائع ٥:١٦٣.

(٤) انظر ص٣٣٧-٣٣٩.

عنده، لأنه لا خلاف في لغة العرب في صدق القائل: عندي ضياع، وعندي دور، وعندي رقيق، ومتاع غائب وحاضر، إذا كان كل ذلك في ملكه، وإنما ما ليس عند المرء ما ليس في ملكه فقط، وإن كان في يده»[1].

٣ ـ القياس على بيع النوى في التمر[2].

وهذا قياس غير سليم بالنسبة لمن يشترط لصحة بيع الغائب الوصف، أو الرؤية السابقة، وذلك لأن النوى في التمر وإن كان غائباً، إلا أنه غائب لا يمكن وصفه ما دام في تمره، فانتفى شرط صحة بيع الغائب، أما بالنسبة لمن يجوز بيع الغائب من غير صفة، فالقياس سليم في نظري. لأن النوى في التمر غائب غير موصوف، فالمنطق يقضي بالتسوية بينه وبين سائر الغائبات غير الموصوفة، فإما أن يمنع بيع كل غائب غير موصوف، وإما أن يجوز بيع النوى في التمر، ويكون للمشتري خيار الرؤية، وتبرير الحنفية التفرقة بين الأمرين بأن النوى في التمر منع بيعه؛ لأنه بيع معدوم، لا لأنه بيع غائب تبرير غير مقبول[3].

٤ ـ الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع، والرؤية المتقدمة لا تكفي؛ لأن معرفة المبيع شرط في صحة العقد، وهي لا تكون إلا بالرؤية، وما كان شرطاً في صحة العقد يجب أن يكون موجوداً حال العقد، كالشهادة في النكاح، إذاً فلا بد من وجود الرؤية عند العقد[4].

وهذا الاستدلال ذو شقين:

الشق الأول: أن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع؛ وهذا منقوض بما ذكرناه

---

(١) المحلى ٨: ٣٤٠ ـ ٣٤١.

(٢) المجموع ٩: ٣٠١.

(٣) وانظر ص٢٢٠، والبدائع ٥: ١٣٨ ـ ١٣٩.

(٤) المغني ٣: ٥٨٣، والمهذب ١: ٢٦٤.

قبل من أن الصفة تقوم مقام الرؤية[1].

الشق الثاني: أن الرؤية يجب أن تكون عند العقد، كما وجب أن تكون الشهادة في النكاح عند العقد. وتشبيه رؤية المبيع بالشهادة في النكاح تشبيه غير سليم؛ لأن الشهادة في النكاح الغرض منها إعلان النكاح وإثباته عند الإنكار، فلهذا اشترطت في العقد، أما رؤية المبيع فالغرض منها معرفة المبيع، وقد تحصل هذه المعرفة بالرؤية المتقدمة على العقد، على أن الشهادة في النكاح لا يمكن أن تكون إلا عند العقد، ولا يتأتى أن تكون متقدمة عليه.

٥ ـ بيع الغائب نوع من البيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم[2].

المجوزون لبيع العين الغائبة:

قال جمهور الفقهاء: يجوز بيع العين الغائبة، على خلاف بينهم في التفاصيل نذكره بعد بيان أدلتهم في القدر المشترك، وهو الجواز في الجملة.

والقائلون بالجواز هم: الحنفية[3]، والمالكية[4]، والشافعي في القديم[5]، والحنابلة في أظهر الروايات عندهم[6]، والظاهرية[7]، والشيعة الزيدية[8]،

---

(١) انظر ص٤١٠.

(٢) المهذب ١: ٢٦٣، هذا أحد الدليلين اللذين ذكرهما الشيرازي تأييداً لرأي الشافعي في الجديد وهو إنما يصلح دليلاً على عدم صحة بيع الغائب من غير صفة، والرأي الذي نستدل عليه هو عدم صحة بيع الغائب ولو وصف.

(٣) ابن عابدين ٤: ٨٧.

(٤) بداية المجتهد ٢: ١٥٥.

(٥) المهذب ١: ١٦٣.

(٦) المغني ٣: ٥٨٠.

(٧) المحلى ٨: ٣٣٧.

(٨) الروض النضير ٣: ٢٥٩.

والشيعة الإمامية[١]، والإباضية على قول[٢]، وممن قال بجواز بيع العين الغائبة، عثمان، وطلحة، وجبير بن مطعم، والحسن، والشعبي، وإبراهيم، وابن شبرمة، وإسحق، والأوزاعي، وابن أبي هريرة، والاسفراييني، ومكحول، وسفيان الثوري، وابن سيرين، وأيوب، والعنبري، وأبو ثور، وابن المنذر[٣].

أدلة الجمهور على صحة بيع العين الغائبة:

١ ـ قوله تعالى: **﴿وأحل الله البيع﴾**[٤] وقوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾**[٥]، فهذا نص عام تحل به جميع البيوع التي يتراضى عليها المتبايعان، إلا بيعاً منعه كتاب، أو سنة، أو إجماع، وليس في هذه ما يمنع بيع الغائب[٦]، وقد أجاب المانعون عن هذا الدليل بأن الآية مخصصة بحديث النهي عن بيع الغرر[٧]، وهذا حق، ولكن الجواب لا يتم إلا إذا ثبت أن في بيع الغائب غرراً، وهو ما لم يسلم به المجوزون[٨].

٢ ـ حديث مكحول، وحديث أبي هريرة، والخيار لا يثبت إلا في بيع مشروع[٩]، ولم يأخذ المانعون بهذين الحديثين، ....

(١) المختصر النافع ١٤٥.
(٢) شرح النيل ٤:١٣٧.
(٣) المغني ٣:٥٨٢، والبحر الزخار ٣:٣٢٤ و ٣٥١، والمحلى ٨:٣٣٨، والسنن الكبرى للبيهقي ٥:٢٦٨.
(٤) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.
(٥) سورة النساء: الآية ٢٩.
(٦) المجموع ٩:٣٠١، والمغني ٣:٥٨٠، والمحلى ٨:٣٤١.
(٧) المجموع ٩:٣٠١.
(٨) انظر ص٤١٠.
(٩) المجموع ٩:٣٠١، والمغني ٣:٥٨٠.

لضعفهما[١]، وإني أوافقهم على ذلك.

٣ ـ ما رواه ابن أبي مليكة، أن عثمان رضي الله عنه ابتاع من طلحة بن عبيد الله أرضا بالمدينة نَاقَلَهُ[٢] بأرض له بالكوفة، فلما تباينا ندم عثمان ثم قال: بايعتك ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر لي إنما ابتعت مغيباً، وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت، فجعلا بينهما حكماً، فحكما جبير بن مطعم، فقضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة أنه ابتاع مغيباً[٣].

وهذا اتفاق من هؤلاء الصحابة على صحة بيع الغائب[٤].

أجاب الشافعية عن هذا الدليل بأن الصحيح عندهم أن قول الصحابي ليس بحجة إلا أن ينتشر من غير مخالفة، وهذا الخبر لم ينتشر في الصحابة[٥].

وأرى أن مثل هذه القضية الظاهر فيها أن تنتشر، كما يرى الحنفية[٦].

٤ ـ القياس على النكاح؛ لأن كلا منهما عقد معاوضة، فكما لا تفتقر صحة النكاح إلى رؤية المعقود عليه بالاجماع، لا تفتقر أيضاً صحة البيع إليها[٧].

رد المانعون هذا القياس بأنه قياس غير سليم؛ لأن النكاح لا يقصد منه

(١) المجموع ٩:٣٠٢، وانظر ص٤٠٨.
(٢) ناقله: أي بادله بها ونقل كل واحد ملكه إلى موضع الآخر. المجموع ٩:٩٠.
(٣) رواه البيهقي: السنن الكبرى للبيهقي ٥:٢٦٨، والمهذب ١:٢٦٣، وانظر الرواية التي في فتح القدير ٥:١٤٠، في هذا الخبر رجل مجهول، مختلف في الاحتجاج به، ولكن مسلماً روى له في صحيحه. المجموع ٩:٢٨٩.
(٤) المغني ٣:٥٨٠.
(٥) المجموع ٩:٣٠٢.
(٦) فتح القدير ٥:١٤٠ ـ ١٤١، وانظر المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٦٥ هامش.
(٧) المجموع ٩:٣٠١، والمغني ٣:٥٨٠.

المعاوضة، ولا يفسد بفساد العوض، ولا بترك ذكره، ولا يدخله شيء من الخيارات؛ ولأن المعقود عليه في النكاح استباحة الاستمتاع، ورؤيتها غير ممكنة، ثم إن الحاجة تدعو إلى ترك اشتراط رؤية الزوجين؛ لأن في اشتراطها مشقة على المخدرات وإضراراً بهن[1].

٥ ــ القياس على بيع الرمان، والجوز، واللوز في قشره الأسفل[2]:

رد المانعون هذا القياس بأن هذه الأشياء يقوم ظاهرها مقام باطنها في الرؤية، وأن في استتار باطنها مصلحة لها بخلاف الغائب[3].

٦ ــ القياس على ما لو رأى المبيع قبل العقد[4]:

رد هذا القياس بأن المبيع إذا رؤى قبل العقد يكون معلوماً للمشتري حال العقد، بخلاف بيع الغائب الذي لم ير[5].

وهذا الرد مقبول إذا لم يشترط الوصف في بيع العين الغائبة، أما مع اشتراط الوصف فالقياس سليم؛ لأن المبيع الموصوف يكون معلوما للمشتري حال العقد، كالمبيع الذي تقدمت رأيته.

آراء المجوزين لبيع العين الغائبة

قلنا إن جمهور الفقهاء متفقون في الجملة على صحة بيع العين الغائبة، وذكرنا أدلتهم، ولكنهم مختلفون في بعض التفاصيل، وسنذكر هنا عيون المسائل التي اختلفوا فيها، محاولين حصر الموضوع في النقاط الخمس الآتية:

(١) المغني ٣:٥٨١، والمجموع ٩:٣٠٢.
(٢) المجموع ٩:٣٠١.
(٣) المجموع ٩:٣٠٢، وانظر ص٢١٨ وما بعدها.
(٤) المجموع ٩:٣٠١، هذه الحجة تتوجه إلى من يصحح بيع الغائب على الرؤية المتقدمة.
(٥) المجموع ٩:٣٠٢.

١ ــ بيع العين الغائبة بالصفة.
٢ ــ بيع العين الغائبة على الرؤية المتقدمة.
٣ ــ بيع العين الغائبة من غير صفة، ولا رؤية متقدمة.
٤ ــ بيع الإنسان ما غاب عنه.
٥ ــ البيع برؤية بعض المبيع.

بيع العين الغائبة بالصفة:

لم يختلف الجمهور في جواز بيع العين الغائبة بالصفة؛ لأن هذه هي الطريقة المتعارف عليها بين الناس في بيع الغائب، وإنما اختلفوا في الشروط التي يجب أن تتوافر لصحة البيع، وأكثر الفقهاء اشتراطاً في هذا الموضوع المالكية، ولهذا سنجعل مذهبهم الأساس في بيان هذه الشروط، كما اختلفوا في ثبوت الخيار بالنسبة لمن اشترى عينا غائبة على الصفة، وسنتكلم عن هذين الموضوعين:

شروط صحة بيع العين الغائبة على الصفة:

يجوز بيع العين الغائبة على الصفة بالشروط الآتية:

الشرط الأول: ألا تكون العين بعيدة جداً، والبعد الذي يمنع صحة البيع هو أن يكون المبيع على مسافة يظن فيها تغيره قبل قبضه، ومثل له الشيخ خليل بخراسان من أفريقيا، ومثل له ابن جزى بالأندلس وأفريقيا[1]. وهذا الشرط خاص بالمبيع الذي يحتمل تغيره، أما ما لا يتغير كالأرض فلا يشترط فيه هذا الشرط[2]، وهو خاص أيضاً بحالة البيع على اللزوم، أما إذا كان البيع على الخيار فيجوز، ولو كانت العين بعيدة جداً على ما عند ابن عبد السلام[3].

(١) هذا في زمنهم، أما في زماننا هذا، فالعبرة بمعيار التغير، ولا يلتفت للتحديد بالبلدان.
(٢) يقول ابن رشد: إن جواز بيع العين الغائبة المأمونة التغير على الصفة قول أكثر أهل المدينة. بداية المجتهد ٢:١٥٥.
(٣) القوانين الفقهية ص٢٤٧، والدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣:٢٤، والمقدمات

الشرط الثاني: ألا تكون قريبة جداً.

ما المراد بالقرب المانع من صحة بيع العين الغائبة؟ العين الغائبة إما أن تكون في مجلس العقد، أولا، والتي في غير مجلس العقد، إما أن تكون في البلد الذي حصل فيه العقد، أو في بلد آخر، والتي في بلد آخر، إما أن يكون هذا البلد بعيداً جداً عن بلد العقد، أو لا.

١ ــ فأما العين الغائبة التي في مجلس العقد فلا يجوز بيعها على الصفة، ولا بد من رؤيتها، إلا إذا كان في رؤيتها ضرر أو مشقة على الأشهر، كأن يكون المبيع متاعاً كثيراً مشدوداً في أعداله، فيجوز بيعه على البرنامج[1]؛ لأن فتحه كله ونشره مما يضر بصاحبه، ويشق عليه، وأما الثوب الواحد والثياب اليسيرة فلا يجوز بيعها على الصفة إذا كانت حاضرة في مجلس العقد.

وقد أجاز أشهب بيع الساج المدرج في جرابه على الصفة، وذلك في الثوب الرفيع الذي يغيره ترداد نشره على السوام وتقليبهم إياه. وأما الثوب الذي ليس على هذه الصفة فلا ينبغي أن يختلف فيه[2]، قال ابن رشد: «ولا خلاف عند مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة، لمكان غيبة المبيع، أو لمكان المشقة التي في نشره، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه؛ ولهذا أجاز البيع على

الممهدات ٢: ٢٢٧، وبداية المجتهد ٢: ١٥٦، ولكن الذي يفهم من عبارة ابن رشد في بداية المجتهد أنه لا فرق بين البيع على اللزوم، والبيع على الخيار، وإنما المدار على كون المبيع مأمون التغير أو لا، وهذا نص عبارته: «ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر، وهو هل هو موجود وقت العقد أو معدوم؟ ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة إلا أن يكون مأموناً كالعقار».

(١) البرنامج هو الدفتر المكتوب فيه أوصاف ما في العدل من الثياب. الدسوقي ٣: ٢٤.

(٢) المقدمات الممهدات ٢: ٢٧٢، والقوانين الفقهية ص ٢٤٧، والدسوقي على الشرح الكبير، ٣: ٢٣، والحطاب ٤: ٢٩٨.

البرنامج على الصفة، ولم يجز عنده بيع الساج في جرابه، ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها»[1].

٢ ــ وأما العين التي ليست في مجلس العقد ولكنها في البلد، فقيل: هي كالحاضرة في مجلس العقد إذ لا تتعذر رؤيتها، وقيل: إن بيعها على الصفة جائز، ولو كانت في البلد، ولو لم يكن في إحضارها مشقة؛ لأنها إذا لم تكن حاضرة في موضع العقد فلم يقصد إلى الغرر بشرائها على الصفة، وأشبهت الغائبة عن البلد[2]. وقال الدسوقي: إن هذا القول هو المعتمد[3].

والذي يؤخذ من عبارة خليل في مختصره أن ما كان غائباً على مسافة يوم ذهاباً، يجوز بيعه على الصفة، سواء أكان في البلد أم لا، وما كان على أقل من يوم لا يجوز بيعه على الصفة، ولو كان في البلد، فالمقياس عنده هو كون المبيع على مسافة يوم، ولا عبرة لكونه بالبلد أو ليس بالبلد[4].

٣ ــ وأما العين الغائبة التي في بلد آخر، فإن كان ذلك البلد بعيداً جداً عن موضع العقد، فقد تقدم الكلام عنه في الشرط الأول، وإن لم يكن البلد بعيداً جداً، فلا خلاف في جواز بيعها على الصفة؛ لأن الضرورة تدعو لذلك، والذي يفهم من عبارة خليل أنها لا بد أن تكون على مسافة يوم ذهاباً، فإن كانت المسافة أقل من يوم، فلا يجوز بيعها على الصفة؛ لأن هذا يعتبر من القرب المانع من صحة البيع على الصفة؛ لأن ما دون اليوم تمكن رؤيته بلا مشقة، والعدول عن الرؤية إلى الوصف غرر ومخاطرة، فلا يصار إليه إلا لضرورة، ولا ضرورة هنا،

---

(١) بداية المجتهد ٢: ١٥٢، وانظر ما تقدم في بيع الملامسة ص١٤٣. والساج: نوع من الثياب.

(٢) المقدمات الممهدات ٢: ٢٢٧.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٢٣ و ٢٤.

(٤) المصدر السابق.

وقد عرفت أن المعتمد في المذهب أن العين إذا لم تكن حاضرة في مجلس العقد يجوز بيعها على الصفة، وإن لم يكن في إحضارها مشقة[١].

الشرط الثالث: أن يصف العين غير البائع، هذا الشرط غير متفق عليه عند المالكية؛ ففي الموازية والعتبية لا يجوز أن يباع الشيء بوصف بائعه؛ لأنه لا يوثق بوصفه، إذ قد يقصد الزيادة في الصفة لإنفاق سلعته، والذي ارتضاه ابن رشد، واللخمي جواز البيع بوصف البائع، فكون الوصف من غير البائع ليس شرطاً عندهما في صحة البيع، وإنما هو شرط في جواز النقد فقط، كما سنرى في الكلام عن الشرط الخامس[٢].

وقد تعرض ابن حزم لهذه المسألة فقال ما خلاصته: إن الوصف يصح أن يكون من أحد المتبايعين للآخر، كما يصح أن يكون من أجنبي، غير أنه إن كان من أحد المتبايعين صح البيع، سواء صدقه الآخر أو لم يصدقه، أما إذا كان الوصف من أجنبي، فلا بد أن يكون ذلك الأجنبي ممن يصدقه الموصوف له، أما إن كان ممن لا يصدقه الموصوف له، فالبيع باطل؛ لأن البيع لم يقع على صفة أصلا، فيكون عقداً على مجهول من أحدهما، أو من كليهما، وهذا بخلاف ما لو وصفه من صدقه الموصوف له؛ لأن التصديق يوجب العلم، وإنما صح البيع مع وصف أحد المبتايعين، سواء صدقه الآخر أو لم يصدقه؛ لأن البيع يقع على تلك الصفة، وبها يحصل التراضي، فإن وجد المبيع، كما وصفه صح البيع، وإلا بطل[٣].

وفي مذهب الإباضية قولان: قول لا يجوز البيع بوصف البائع، وعللوه

(١) المقدمات ٢:٢٢٧، والدسوقي على الشرك الكبير ٣:٢٣ و ٢٤.
(٢) القوانين الفقهية ٢٤٧ والدسوقي على الشرح الكبير ٣:٢٣.
(٣) المحلى ٨:٣٤٣ ــ ٣٤٤.

بماعلله به المالكية، وقول يجوزه بشرط أن يصدقه المشترى عكس ما يراه الظاهرية[١].

الشرط الرابع: أن تحصر العين بالأوصاف المقصودة كلها، أي: أن توصف العين صفة مستوعبة لكل معانيها التي تختلف الأغراض باختلافها، وتتفاوت الأثمان بوجودها وعدمه، ولا يكفي، كما يقول القاضي أبو محمد: ذكر الجنس، والعين[٢] فقط؛ لأن بيع الملامسة لا يعرى من رؤية العين ومعرفة الجنس ومع ذلك لا يجوز[٣].

وللشافعية على القول بجواز بيع الغائب ثلاثة أراء في هذا الشرط:

أحدها: كرأي المالكية في الاكتفاء بذكر الصفات المقصودة.

والثاني: يشترط ذكر جميع صفات المبيع كالمسلم فيه.

والثالث: لا يشترط ذكر شيء من الصفات مطلقاً. ولا بد من العلم بالجنس والنوع في جميع الحالات، وإلا كان البيع باطلاً باتفاق[٤].

والحنابلة يشترطون، كالمالكية، ذكر الصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً على ما في ظاهر المذهب[٥].

الشرط الخامس: ألا ينقد الثمن بناء على شرط، أي: ألا يشترط البائع على المشتري دفع الثمن عند العقد، ويدفعه المشتري له بناء على ذلك الشرط، أما إذا

(١) شرح النيل ٤:١٣٧.
(٢) هكذا في النسخة التي بيدي، ولعل الصواب «النوع».
(٣) القوانين الفقهية ص٢٤٧، والمنتقى ٤:٢٨٦، وانظر الفروق ٣:٢٤٧، الفرق السابع والثمانون بعد المائة بين قاعدة ما يجوز بيعه على الصفة، وقاعدة ما لا يجوز بيعه على الصفة.
(٤) المهذب ١:٢٦٣.
(٥) المغني ٣:٥٨٢.

دفع له الثمن تطوعاً من غير شرط فيجوز، وهذا الشرط خاص بالعين غير المأمونة التغير البعيدة الغيبة، وأما العين المأمونة التي لا يسرع إليها التغير كالعقار، فلا يشترط فيها هذا الشرط، بعيدة كانت أو قريبة، وكذلك العين القريبة[1] لا يمنع اشتراط النقد فيها، عقاراً كانت، أو منقولاً على ما في المدونة[2]. هذا إذا وصف السلعة غير البائع، أما لو وصفها البائع فيمنع النقد، سواء أكان تطوعاً أم بشرط، عقاراً كان المبيع أو منقولاً، وقد نازع البناني في كون وصف البائع يمنع من جواز النقد تطوعاً[3]، وهو رأي وجيه، متفق مع علة منع النقد التي سنذكرها بعد هذا.

علة منع النقد:

وإنما منع النقد في العين البعيدة الغيبة التي لا يؤمن تغيرها؛ لتردد النقد حينئذ بين السلفية، والثمنية؛ لأنه إن سلمت العين إلى الأجل وكانت على الصفة كان بيعاً، وإن لم تسلم، أو لم تكن على الصفة رد المشتري رأس المال فكان سلفاً، فلما اجتمع فيه هذان الوجهان من الغرر لم يجز منعاً للذرائع، ولهذا لم يمنع النقد إذا كانت العين قريبة الغيبة، أو كانت بعيدة، ولكنها مأمونة التلف كالعقار ووصفها غير البائع؛ لأن السلامة فيها هي الغالبة، فذهب الغرر من جهة

(١) القرب عند أشهب وابن القاسم ما كان على مسيرة يومين، وقد اختلفت الروايات فيه عن مالك، فروى عنه ابن المواز أنه ما كان على مسيرة يوم، كما روى عنه أنه ما كان على بريدين، وروى عنه ابن القاسم أن البريدين خاصة بالحيوان، وروى عنه ابن وهب أنه قال: «لا ينقد في الطعام يكون على نصف يوم حتى يقرب جداً». وهذا يدل على أن المعيار في القرب والبعد احتمال التغير وعدمه، وهو يختلف باختلاف العين، ولذا ينبغي أن يكون هو المعيار لا المسافة.

(٢) الرواية الأخرى تمنع النقد في العين القريبة إذا لم تكن عقاراً، وهي ما في الموطأ، ورواية المدونة هي المتفقة مع علة المنع التي سنذكرها.

(٣) القوانين الفقهية ص ٢٤٧، والدسوقي على الشرح الكبير ٣ : ٢٣ ـ ٢٥، والمنتقى ٥ : ٢٢ ـ ٢٤، والمقدمات الممهدات ٢ : ٢٣.

خوف التلف، وبقي الغرر فيها من جهة واحدة، وهي المخافة من مخالفة الصفة[1]؛ وعلة منع النقد مطلقاً إذا وصف السلعة بائعها هي أن البائع قد يزيد في الصفة لينتفع بالثمن إلى وقت رؤية المشتري لها، قال الباجي: «ولما كان هذا الشراء معتاداً، وكثر فيه الغرر منع من البيع بشرط النقد»[2].

وجوز الظاهرية النقد مطلقاً، وقال ابن حزم، إنه لا يعلم هذا القول عن أحد قبل مالك، ورده رداً عنيفاً[3].

الخيار في بيع الغائب على الصفة:

للفقهاء ثلاثة آراء في حكم العقد بالنسبة لمن اشترى عيناً غائبة على الصفة.

الرأي الأول: البيع غير لازم بالنسبة للمشتري، فله فسخ البيع، أو إمضاؤه عند الرؤية، أي يثبت له خيار الرؤية، سواء وجد المبيع على ما وصف له أو وجده مختلفاً عن الوصف، وهذا هو مذهب الحنفية[4]، والشافعية في وجه[5]، والإباضية في قول[6]، وهو قول الثوري[7]، وإبراهيم، والحسن، والشعبي، وروى أيضاً عن مكحول[8]، وحجة هذا الرأي أن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة

(١) الشرح الكبير ٣ : ٢٤، والمنتقى: ٤ : ٢٨٧.

(٢) المنتقى ٥ : ٢٤.

(٣) المحلى ٨ : ٣٣٧ و ٣٣٩.

(٤) البدائع ٥ : ٢٩٢.

(٥) المهذب ١ : ٢٦٣.

(٦) شرح النيل ٤ : ١٣٧.

(٧) المغني ٣ : ٥٨٢، والمحلى ٨ : ٣٣٨.

(٨) المحلى ٨ : ٣٣٨ و ٣٤١.

كما يرى الحنفية[١]، وأن هذا البيع يعرف ببيع خيار الرؤية، فلا يجوز أن يخلو من الخيار، كما يقول الشافعية[٢]، وأن الخبر ليس كالعيان، كما يعلل الإباضية[٣].

وذكر ابن حزم: أن أنصار هذا الرأي يحتجون بما روى عن الحسن البصري: أن رسول الله ﷺ قال: من اشترى بيعاً فهو بالخيار حتى ينظر إليه، ثم قال: وهذا مرسل ولا حجة في مرسل، ولو صح ما كانت لهم فيه حجة؛ لأنه ليس فيه أن له الخيار إذا وجد كما وصف له[٤].

الرأي الثاني: البيع لازم للمشتري إذا وجد المبيع على الصفة، أما إذا وجده على غير ما وصف له، فله الخيار في إمضاء البيع، أو فسخه. وهذا هو مذهب المالكية[٥]، والشافعية في وجه[٦] والحنابلة[٧]، والشيعة الإمامية[٨]، والإباضية

(١) البدائع ٥: ٢٩٢.
(٢) المهذب ١: ٢٦٣.
(٣) شرح النيل ٤: ١٣٧.
(٤) المحلى ٨: ٣٤١.
(٥) المنتقى ٤: ٢٨٧، والقوانين الفقهية ٢٤٧. جاء في الموطأ ٥: ٥٤: «قال مالك في الرجل يقدم له أصناف من البز، ويحضره السوام، ويقرأ عليهم برنامجه، يقول: في كل عدل كذا وكذا ملحفة بصرية، وكذا، وكذا رَيْطة سابرية ذرعها كذا وكذا، ويسمى لهم أصنافاً من البز بأجناسه ويقول: اشتروا مني على هذه الصفة، فيشترون الأعدال على ما وصف لهم، ثم يفتحونها فيستغلونها، ويندمون، قال مالك: ذلك لازم لهم إذا كان موافقاً للبرنامج الذي باعهم عليه، قال مالك: وهذا الأمر الذي لم يزل عليه الناس عندنا يجيزونه بينهم إذا كان المتاع موافقاً للبرنامج، ولم يكن مخالفاً له».
وينبغي أن يلاحظ أن هذا فيما إذا لم يشترط المشتري خيار الرؤية، أما إذا اشترط فلا يكون البيع لازماً له، ولو وجد المبيع على الصفة.
(٦) المهذب ١: ٢٦٣.
(٧) المغني ٣: ٥٨٢، ويسميه الحنابلة خيار الخلف في الصفة.
(٨) المختصر النافع ص ١٤٦.

في قول[١]، وهو قول محمد بن سيرين، وأيوب[٢]، والعنبري، وإسحق، وأبي ثور، وابن المنذر[٣]، وحجة هذا الرأي أنه لا وجه لثبوت خيار الرؤية، إذا وجد المشتري المبيع على الصفة التي ذكرت له؛ لأن المعقود عليه سلم له بصفاته، أما إذا وجده على غير الصفة، بأن وجده ناقصاً فله الرد؛ لأنه ما التزم العقد فيه إلا على الصفة التي ذكرت له، فلا يلزمه، كما في السلم[٤].

الرأي الثالث: البيع لازم إن وجد المشتري المبيع على الصفة، أما إن وجده بخلاف الصفة فالبيع باطل، فإذا رغب المشتري في السلعة، فلا بد من إنشاء عقد جديد، فليس للمشتري خيار على هذا الرأي. وهذا هو مذهب الظاهرية، وحجته في بطلان البيع إذا وجدت السلعة على غير الصفة التي تراضيا عليها هي أن المشتري لم يشتر تلك السلعة، فلا تكون له بحال، ولا يصح إلزام البائع بإحضار سلعة على الصفة المتفق عليها؛ لأنه باع عيناً معينة، لا صفة مضمونة[٥].

بيع العين الغائبة على الرؤية المتقدمة

وإذا جاز عند الجمهور بيع العين الغائبة على وصف البائع أو غيره للمشتري السلعة المبيعة، فإنه يجوز بيعها على رؤية المشتري لها قبل وقت العقد من باب أولى؛ لأن رؤية المشتري المتقدمة على العقد أنفي للغرر من وصف السلعة له، ويشترط لصحة البيع على الرؤية المتقدمة الشروط الآتية:

(١) شرح النيل ٤: ١٣٧، وفي المذهب قول ثالث يثبت الخيار لكل من المتبايعين، إذا علم المبيع أحدهما ووصف للآخر.
(٢) المغني ٣: ٥٨٢، والمحلى ٨: ٣٣٨، وفيه قال أيوب: «ولا أعلم رجلاً اشترى بيعاً لم يره، فوصفه له البائع، فوجده على ما وصفه فرده عليه إلا هو من الظالمين».
(٣) المغني ٣: ٥٨٢.
(٤) المنتقى ٤: ٢٨٧، والمهذب ١: ٢٦٣.
(٥) المحلى ٨: ٣٤١ ــ ٣٤٢.

الشرط الأول: ألا تتغير العين بعد الرؤية، أي أن يعلم أو يظن أنه لم يحصل في العين تغير بين الرؤية والعقد، أو بعبارة أخرى، ألا يكون بين الرؤية والعقد أمد بعيد، فإن كان بينهما أمد بعيد فلا يجوز، إلا أن يقول البائع للمشتري: إن العين باقية على الصفة التي رأيتها عليها[1]. ويشترط الشافعية هذا الشرط كالمالكية، فقد نصوا على أنه إذا كان المبيع مما يتغير في المدة التي بين العقد والرؤية غالباً فالبيع باطل؛ لأنه بيع مجهول، أما إذا كان المبيع مما لا يتغير كالعقار، أو كان مما لا يتغير في المدة الفاصلة بين العقد والرؤية السابقة، فالبيع صحيح باتفاق، وإذا كان المبيع مما يحتمل بقاؤه على حاله، ويحتمل تغيره، فالبيع جائز على الأصح[2]، والحنابلة كالشافعية غير أنه لا خلاف عندهم في صحة بيع ما يحتمل تغيره وعدمه[3]، ومثلهم الشيعة الإمامية[4]، والإباضية في القول المختار[5].

الشرط الثاني: ألا تكون العين بعيدة جداً على نحو ما تقدم فيما بيع على الصفة[6]، ولا يشترط هنا عدم القرب جداً، كما اشترط في البيع على الصفة، فيجوز بيع العين الغائبة على الرؤية المتقدمة، ولو كانت في مجلس العقد سواء أكانت في رؤيتها مشقة أم لا[7]. وقد تقدم أن العين الغائبة إذا كانت في مجلس العقد لا يجوز بيعها على الصفة، إلا إذا كانت في رؤيتها مشقة أو ضرر.

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٢٤، والمنتقى ٤:١٨٧، ٥:٢٣.

(٢) المهذب ١:٢٦٤، والمجموع ٩:٢٩٦ ـ ٢٩٧.

(٣) المغني ٣:٥٨٣ ـ ٥٨٤، وقال ابن قدامة: إن صحة بيع العين الغائبة على الرؤية السابقة بزمن لا تتغير فيه العين هو قول أكثر العلم.

(٤) الروضة البهية ص ٢٨٦.

(٥) شرح النيل ٤:١٣٩.

(٦) الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٢٢، ٢٤.

(٧) المصدر السابق.

الشرط الثالث: ألا ينقد الثمن بشرط على نحو ما تقدم في بيع العين الغائبة على الصفة.

الخيار في بيع الغائب على الرؤية السابقة

إذا اشترى إنسان عيناً غائبة بناء على رؤية سابقة، فإن وجدها على ما رآها عليه فالبيع لازم، وإن وجدها قد تغيرت فله الخيار في إمضاء البيع أو فسخه، وهذا قول عامة الفقهاء[1]، غير أن مقتضى مذهب الظاهرية أن يبطل البيع إذا لم يجد المشتري المبيع على حاله[2].

بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية متقدمة

اختلف جمهور الفقهاء في صحة بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية متقدمة، فجوزه بعض الحنفية[3]، وجوزه المالكية على المشهور في المذهب بشرطين:

---

(١) فتح القدير ٥:١٤٩، والمنتقى ٤:٢٨٧، والمهذب ١:٢٦٤. ونقل النووي عن الغزالي أن المبيع إذا كان مما لا يتغير غالباً فوجده المشتري على خلاف ما رآه فالبيع باطل. قال النووي: والصواب أن للمشتري الخيار. المجموع ٩:٢٩٦، والمغني ٣:٥٨٤، والروضة البهية ص ٢٨٦، وشرح النيل ٤:١٣٩. وفي مذهب الإباضية قول بأنه كلما ثبت الرد لأحد المتبايعين ثبت للآخر.

(٢) انظر ص٤٢٥، ويلاحظ أن الشافعية والحنابلة والإمامية، والإباضية في قول، يقيدون التغير الذي يثبت الخيار للمشتري بالنقصان، وينص الإمامية على أن النقصان اليسير الذي يتسامح بمثله عادة لا يثبت به الخيار، وفي مذهب الإباضية خلاف في تأثير التغير اليسير وعدم تأثيره.

(٣) الخلاف بين الحنفية في صحة بيع الغائب من غير صفة يرجع إلى خلافهم في هل ذكر صفة المبيع شرط في صحة البيع أم لا، وقد بيّنّا ذلك في الكلام عن الجهل بصفة المبيع. انظر ص١٩٤ – ١٩٧.

ومن قال من الحنفية بصحة بيع العين الغائبة من غير صفة الكاساني، ونسبه إلى علماء الحنفية وهذه عبارته: «وأما العلم بأوصاف المبيع والثمن فهل هي شرط لصحة البيع بعد

الأول: أن يشترط المشتري خيار الرؤية لنفسه.

الثاني: ألا يدفع المشتري الثمن للبائع قبل رؤية المبيع وقبوله، لا بشرط، ولا تطوعاً.

فإذا تحقق هذا الشرطان صح البيع من غير صفة ولا رؤية متقدمة على أية حالة كانت العين المبيعة: بعيدة أو قريبة، خشى تغيرها أو لا، في رؤيتها مشقة أو لا.

أما إذا لم يشترط المشتري خيار الرؤية بأن تم البيع على الإلزام، أو سكت المتبايعان عن شرط الخيار، فالبيع فاسد، وكذلك إذا دفع المشتري الثمن للبائع[1]، كما جوزه الشافعية في وجه[2]، والحنابلة في رواية[3]، وهو مذهب الزيدية[4]، ومنع بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية متقدمة بعض فقهاء

العلم بالذات؟ والجهل بها هل هو مانع من الصحة؟ قال أصحابنا: ليس بشرط الصحة، والجهل بها ليس بمانع من الصحة، لكنه شرط اللزوم، فيصح بيع ما لم يره المشتري، لكنه لا يلزم. البدائع ٥: ١٦٣.

وقد حمل صاحب البحر قول الكاساني على المحل المشار إليه أو إلى مكانه. البحر الرائق ٥: ٢٧٦.

وحتى لو قبلنا هذا المحمل فإنا سنجد أنفسنا أمام بيع الغائب من غير صفة، لأن المبيع المشار إلى مكانه يدخل في بيع الغائب، وقد استدل الكاساني لرأيه بأدلة سنذكرها في الأصل، وممن جوز البيع من غير صفة الحصكفي، والشرنبلالي، وقد ذكرنا رأيهما في الجهل بصفة المحل انظر ص١٩٦ و١٩٧ .

(١) الدسوقي على الشرك الكبير ٣: ٢٣ ــ ٢٤، والحطاب ٤: ٢٩٤.

(٢) المهذب ١: ٢٦٣، وهذا أحد وجهين، على القول بصحة بيع الغائب.

(٣) المغني ٣: ٥٨٠، وهذه إحدى الروايات الثلاث عند الحنابلة.

(٤) البحر الزخار ٣: ٣٢٤ و ٣٥١، وجوز الإمام يحيى، والقاسمية، البيع من غير ذكر جنس المبيع ونوعه، ويثبت للمشتري خيار الرؤية.

الحنفية[1]، ومنعه المالكية، ولو مع شرط خيار الرؤية في غير المشهور[2]، والشافعية في وجه[3]، والحنابلة في أظهر الروايات عندهم[4]، وهو مذهب الظاهرية[5]، والإمامية[6]، وهو قول الشعبي، والحسن، والنخعي، والأوزاعي، وإسحق[7] وابن أبي هريرة، والإسفراييني[8].

أدلة من يجوز بيع الغائب من غير صفة ولا رؤية سابقة:

١ ــ آية «وأحل الله البيع» فهي عامة تشمل البيع بالصفة وبغيرها[9].

٢ ــ حديث «من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه» فإنه عام أيضاً فيما بيع على الصفة، وعلى غير صفة، ولا خيار شرعاً إلا في بيع مشروع[10].

---

(١) منهم الزاهدي، وصاحب النهاية، وصاحب الاختيار، وابن ملك، وابن عابدين. وقد ذكرنا أقوالهم عند الكلام عن الجهل بصفة المحل. انظر ص١٩٤-١٩٦.

(٢) يبدو أن ابن رشد الجد، وابن رشد الحفيد يرجحان هذا الرأي، فقد جاء في المقدمات الممهدات: «وقد قيل إن البيع في العروض المغيبات لا يجوز إلا برؤية أو بصفة، وفي كتاب الغرر دليل على هذا القول وهو الصحيح الذي يحمله القياس ٢: ٢٣٠. وجاء في بداية المجتهد ٢: ١٥٥ ــ ١٥٦: «وقد قيل في المذهب: يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار الرؤية، وقع ذلك في المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال: هو مخالف لأصولنا».
وفي حاشية الدسوقي أن القول بعدم جواز بيع الغائب بلا صفة ولو كان على الخيار هو قول بعض كبراء أصحاب الإمام، ٣: ٢٣.

(٣) المهذب ١: ٢٦٣، وهذا هو الوجه الثاني على القول بصحة بيع الغائب.

(٤) المغني ٣: ٥٨٠.

(٥) المحلى ٨: ٣٤٢.

(٦) الروضة البهية ص ٣٢٥.

(٧) المغني ٣: ٥٨٠.

(٨) البحر الزخار ٣: ٣٥١.

(٩) البدائع ٥: ١٦٣، والمغني ٣: ٥٨٠.

(١٠) البدائع ٥: ١٦٣، والبحر الزخار ٣: ٣٢٤.

٣ ــ خبر عثمان، وطلحة[١].

٤ ــ القياس على عقد النكاح، فإنه يصح من غير رؤية المعقود عليه ولا صفته[٢].

٥ ــ وجود التصرف حقيقة يكون بوجود ركنه، ووجوده شرعاً بصدوره من أهله في محله، وهذا متحقق في البيع من غير وصف؛ لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محل هو خالص ملكه، فيصح، كشراء المرئي[٣].

٦ ــ ويستدل المالكية لصحة البيع من غير صفة ولا رؤية سابقة إذا شرط خيار الرؤية، بأن اشتراط الخيار للمشتري يجعل الغرر الذي في البيع من غير صفة غير مؤثر؛ لأنه ينقل البيع من عقد تقصد به المغابنة والمكايسة إلى عقد تقصد به المكارمة، وعقود المكارمة تصح مع الجهل بالصفة، بل ومع الجهل بالجنس أيضاً، كما يقول الباجي، وهذا نص عبارته: «ووجه ذلك أن المعاوضة إذا كانت على وجه المغابنة والمكايسة لا تصح فيما جهلت صفته وجنسه، أما إذا كانت على وجه المكارمة فتصح ولو لم يذكر الجنس والصفة، فإذا شرط الخيار في بيع العين الغائبة فقد صرح بالمكارمة، وسلمت جنبة المبتاع من الغرر»[٤].

أدلة من يمنع بيع الغائب من غير صفة ولا رؤية سابقة:

١ ــ حديث النهي عن بيع الغرر[٥] قال ابن حزم: وهذا عين الغرر؛ لأنه لا يدري ما اشترى أو باع.

٢ ــ قوله تعالى: **﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن**

---

(١) المغني ٣: ٥٨٠، وانظر ص ١٥٧ و ص٤١٥.

(٢) المغني ٣: ٥٨٠، وانظر ص٤١٥.

(٣) البدائع ٥: ١٦٣.

(٤) المنتقى ٤: ٢٨٧.

(٥) المغني ٣: ٥٨١، والمحلى ٣٨: ٣٤.

تراضٍ منكم﴾[١]، ولا يمكن وقوع التراضي على ما لا تدري صفاته[٢].

٣ ــ القياس على السلم، فكما لا يصح السلم مع الجهل بصفة المسلم فيه، لا يصح البيع مع الجهل بصفة المبيع؛ لأن كلاً منهما بيع.

٤ ــ القياس على بيع النوي في التمر، لأنه في الحالين لم ير المشتري المبيع ولم يوصف له[٣].

وقد رد المانعون أكثر أدلة المجوزين، فردوا الاستدلال بالآية، بأنها مخصوصة بحديث النهي عن بيع الغرر[٤].

وهذا حق، غير أنه يمكن أن يدفع بأن الغرر يكون مؤثراً إذا بيعت العين الغائبة من غير صفة على الإلزام، أما إذا كان الخيار ثابتاً للمشتري بحكم الشارع كما يقول الحنفية، أو باشتراطه في العقد كما يقول المالكية، فإن الغرر لا يضر في هذه الحالة.

وقالوا: إن حديث خيار الرؤية ضعيف، وعلى فرض قبوله فيحتمل أن المشتري بالخيار بين العقد على ما رآه أو تركه[٥]، وقد قلت فيما تقدم أنه لا يصح الاعتماد على حديث خيار الرؤية.

وأما خبر عثمان وطلحة فقالوا عنه: إنه قول صحابي، وفي كونه حجة خلاف، ولو كان حجة فلا يعارض به حديث رسول الله ﷺ الذي ينهى عن بيع الغرر، على أن هذا الخبر يمكن حمله على أنهما تبايعا بالصفة[٦].

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) المحلى ٨: ٣٤٣.

(٣) المغني ٣: ٥٨١.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المصدر السابق.

(٦) المصدر السابق.

وأما القياس على النكاح فغير سليم؛ لما تقدم في الرد على أدلة جواز بيع الغائب(١)؛ ولأن الصفات التي تعلم بالرؤية ليست هي المقصودة في النكاح فلا يضر الجهل بها، بخلاف البيع(٢).

ويمكن رد الدليل الخامس بعدم التسليم بأن التصرف صدر في محله في البيع من غير وصف؛ لأن في المحل خللاً هو الجهل به.

رد أدلة المانعين:

رد الكاساني الاستدلال بحديث النهي عن بيع الغرر، بأنه ليس في البيع من غير وصف غرر؛ لأن الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرفا الوجود والعدم بمنزلة الشك، وفي البيع من غير وصف ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر من البائع الراجح صدقه على كذبه، على أنه لو كان فيه غرر ـ على تسليم أن الغرر هو مطلق الخطر ـ فإنه ليس كل غرر يفسد العقد(٣)، والغرر هنا لا يؤثر في صحة العقد؛ لأن خيار الرؤية ثابت للمشتري.

ورد الاستدلال بالآية، وبالقياس على السلم، بأن الجهالة التي تمنع التراضي وتفسد البيع، هي الجهالة التي تفضي إلى المنازعة، وجهالة الوصف في بيع العين الغائبة لا تفضي إلى المنازعة، لأن المشتري إذا صدق البائع في خبره بوجود المبيع واشتراه بناء على هذا، فالظاهر أنه لا يكذبه عندما يرى المبيع في أنه عين ما باعه له، ثم إن الاعتماد في بيع العين الغائبة على الرؤية، وما دام خيار الرؤية ثابتاً للمشتري فلا حاجة إلى الوصف(٤)، ثم إن القياس على السلم غير مقبول؛ لأن المسلم فيه غير معين بالذات، ولا يثبت فيه خيار الرؤية، ولذا تحتم وصفه، أما

(١) انظر ص٤١٥.
(٢) المغني ٣: ٥٨١.
(٣) البدائع ٥: ١٦٣.
(٤) ٥: ١٦٣، والمهذب ١: ١٦٣، وانظر ص١٩٧.

القياس على بيع النوى في التمر، فلم أجد للمجوزين إجابة عنه، إلا ما ذكرته سابقاً من أن الحنفية يعتبرون بيع النوى في التمر من بيع المعدوم لا من بيع الغائب(١).

وأرى أنه كان الواجب على من جوز بيع الغائب من غير صفة، أن يجوز أيضاً بيع النوى في التمر، ويجعل للمشتري الخيار عند رؤيته.

الخيار في بيع العين الغائبة من غير صفة ولا رؤية سابقة:

إذا اشترى شخص عيناً غائبة من غير صفة، ولا رؤية سابقة، فالبيع غير لازم بالنسبة له، ويثبت له الخيار عند رؤية العين، فإن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، غير أن هذا الخيار يثبت للمشتري بحكم الشارع عند الحنفية، ولا حاجة إلى اشتراطه، بل إن المشتري لا يستطيع النزول عنه قبل الرؤية؛ لأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف، والرضا بالشيء قبل العلم به غير معتبر(٢)، وعند المالكية لا يثبت خيار الرؤية في هذه الحالة إلا بالشرط، واشتراطه شرط لصحة البيع كما رأينا(٣)، وفي مذهب الشافعية وجهان: وجه يثبت للمشتري الخيار، سواء شرطه أو لم يشرطه، وهو الصحيح في المذهب، وهذا يتفق مع مذهب الحنفية، والوجه الآخر لا يثبت للمشتري الخيار إلا أن يكون شرطه(٤)، والظاهر أن المشتري إذا لم يشترط الخيار يبطل البيع على هذا الوجه لأن تصحيح البيع مع عدم ثبوت الخيار للمشتري يجعل هذا الوجه غريباً جداً على الفقه الإسلامي؛ لأنه يترتب عليه صحة البيع من غير رؤية ولا صفة على اللزوم، وفي مذهب الحنابلة روايتان،

(١) انظر ص٤١٢.
(٢) البدائع ٥: ٢٩٥، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٦٥.
(٣) انظر ص٤٢٨.
(٤) المجموع ٩: ٢٩٣.

أشهرهما ثبوت الخيار للمشتري بمقتضى العقد من غير شرط[١] كمذهب الحنفية.

بيع الإنسان ما غاب عنه:

الأحكام المتقدمة كانت في بيع العين الغائبة بالنسبة للمشتري، ولكن قد يحدث أحياناً أن يبيع الإنسان ما غاب عنه، كما لو ورث شخص مالاً في غير بلده، وأراد أن يبيعه قبل أن يراه، أو أراد شخص أن يبيع ماله الغائب عنه وقت العقد، فهل يجوز له ذلك، كما جاز للمشتري أن يشتري ما غاب عنه؟ وهل يثبت له الخيار كما ثبت للمشتري؟

قال أكثر الفقهاء الذين جوزوا بيع الغائب: لا فرق بين البائع والمشتري فكما جاز شراء الإنسان العين الغائبة، وثبت له الخيار عند رؤيتها، يجوز أيضاً بيع الإنسان العين الغائبة عنه، ويثبت له خيار الرؤية[٢].

وقال أبو حنيفة في رأيه الأخير وهو المذهب: يجوز أن يبيع الإنسان ما غاب عنه، ولكن لا يثبت له الخيار عند الرؤية[٣]، وهذا هو الوجه الثالث عند الشافعية، وهو أصحها[٤].

---

(١) المغني ٣: ٥٨٠.

(٢) الهداية مع فتح القدير ٥: ١٤٠، وهذا رأي أبي حنيفة الأول الذي رجع عنه، والمجموع ٨: ٢٩٣، وهذا أحد الأوجه الثلاثة عند الشافعية، والوجه الثاني هو: أن البيع صحيح، ويثبت للبائع الخيار إن لم يكن رأي المبيع، أما إن كان رآه فلا خيار له، والمغني ٣: ٥٨١، والمحلى ٨: ٣٤٣، والروضة البهية ص ٣٢٤، وشرح النيل ٤: ١٣٧ و ١٣٨.
ومن يرى ثبوت خيار الرؤية للبائع والمشتري معاً ابن شبرمة. المحلى ٨: ٣٣٨.

(٣) ابن عابدين ٤: ٩٠، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٦٦.

(٤) المجموع ٩: ٢٩٣.

وحجة من يثبت للبائع الخيار هي:

١ ــ يشترط في لزوم البيع تمام الرضا من كل من المتبايعين، والرضا لا يتم إلا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك بالرؤية، فما لم تحصل الرؤية فإن البائع لا يتم رضاه بزوال المبيع عن ملكه[١]، وهذا استدلال سليم في نظري، ولم أر للمانعين رداً عليه.

٢ ــ القياس على المشتري؛ لأن البائع جاهل بصفة المعقود عليه كالمشتري[٢]، وهذا قياس صحيح؛ لأنه ما دامت العلة التي جعلنا من أجلها الخيار للمشتري موجودة في البائع، فيجب أن يسوي بينهما في الحكم.

وحجة من لايثبت للبائع الخيار هي:

١ ــ أن ثبوت الخيار في الحديث جاء معلقاً بالشراء، فلا يثبت دونه. وقالوا: لا يصح قياس البائع على المشتري في هذه المسألة؛ لأن مشتري ما لم يره مشتر على أنه خير مما ظن، فيكون بمنزلة مشتري شيء على أنه جيد، فإذا هو رديء، ومن اشترى شيئاً على أنه جيد فإذا هو رديء فله الخيار، وبائع شيء لم يره يبيع على أنه أدون مما ظنه، فكان بمنزلة بائع شيء على أنه رديء فإذا هو جيد، ومن باع شيئاً على أنه رديء فإذا هو جيد فلا خيار له[٣].

وأقول: إن تعليق الخيار في الحديث بالشراء لا يدل على اختصاصه به، وإنما جاء الحديث على حسب الغالب، من أن بيع الغائب يكون بالنسبة للمشتري، فلا مانع من قياس البائع على المشتري، ما دامت العلة واحدة، وهي عدم الرؤية، وهذه التفرقة بين البائع والمشتري التي يحاولها بعض الحنفية، محاولة غير ناجحة

---

(١) فتح القدير ٥: ١٤٠، والبدائع ٥: ٢٩٢، والمغني ٣: ٥٨١.

(٢) المغني ٣: ٥٨١.

(٣) فتح القدير ٥: ١٤٠، والبدائع ٥: ٢٩٢.

في نظري؛ لأنه لا المشتري يشتري ما لم يره على أنه خير مما يظن، ولا البائع يبيع ما لم يره على أنه أدون مما يظن، وإنما كل منهما يشتري أو يبيع ما لم يره، على أنه كما وصف له إن كان البيع على الصفة، وعلى أنه كما رآه من قبل، إن كان البيع بناء على الرؤية السابقة، وعلى أنه سيقول كلمته الأخيرة عند الرؤية إذا كان البيع من غير صفة، ولا رؤية سابقة، ولا فرق بين البائع والمشتري في كل هذا.

٢ ــ الإجماع السكوتي من الصحابة على ثبوته للمشتري دون البائع، وهذا الإجماع يستفاد من خبر عثمان، وطلحة، فقد أخرج الطحاوي، ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمان بن عفان رضي الله عنه مالاً، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال عثمان: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره، وقال طلحة: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره، فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنه، فقضى أن الخيار لطلحة، ولا خيار لعثمان[١].

والظاهر في مثل هذه القضية أن تشتهر بين الصحابة؛ لأن قضية يختلف فيها رجلان كبيران من الصحابة إلى أن يحكما غيرهما لا بد أن ينتشر خبرها، فحين حكم جبير بالخيار لطلحة، وهو المشتري، ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه، كان ذلك إجماعاً سكوتياً منهم[٢].

وأقول: لا إجماع في هذا الخبر على أن الخيار يثبت للمشتري دون البائع؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري هو رأي طلحة، وجبير، وثبوته للبائع رأي عثمان، كما هو واضح من هذه القضية، وسكوت عثمان لا يعتبر موافقة ورجوعاً عن رأيه، وإنما هو قبول لنتيجة التحكيم، كما أن سكوت باقي الصحابة لا يصح أن يعتبر

(١) ورد هذا الخبر بهذه الصيغة في فتح القدير ٥: ١٤٠، والمحلى ٨: ٣٣٨، وانظر رواية البيهقي والشيرازي في ص٤١٥، وانظر أيضاً هذا الخبر في المغني ٣: ٥٨٠.

(٢) فتح القدير ٥: ١٤٠ ــ ١٤١.

موافقة منهم جميعاً على رأي طحلة، بل الظاهر أن بعضهم كان معه، وبعضهم كان مع عثمان، كماهو الشأن في كل مسألة يختلف فيها بعض الصحابة صراحة، ويسكت الباقون، والإجماع الذي في هذا الخبر، إنما هو في صحة بيع العين الغائبة وشرائها كما تقدم.

يتبين من هذا أن رأي الجمهور أولى بالقبول لقوة دليله، وأن رأي مخالفيهم لا سند له.

البيع برؤية بعض المبيع:

قد يرى المشتري أحياناً بعض المبيع، ولا يرى سائره، فهل تكفي رؤية البعض، ويخرج بها المبيع عن كونه بيعاً لعين غائبة، أم لا بد من رؤية المبيع كله؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة، والجمهور منهم على أن البعض المرئي إن كان يدل على المبيع دلالة كاملة، فإن رؤيته تكفي، وإن كان لا يدل عليه فلا بد من رؤية الكل، وإلا كان من بيع الغائب[١]، وهذا رأي ظاهر الوجاهة، وذهب بعض الفقهاء إلى أن رؤية البعض لا تكفي مطلقاً، ولا بد عندهم من رؤية المبيع كله، وإلا فهو بيع غائب، وسنتكلم فيما يأتي عن صورة من صور البيع برؤية بعض المبيع متعارف عليها بين الناس، توضح لنا آراء الفقهاء المختلفة في هذه المسألة وهي:

(١) ولكن الجمهور مع اتفاقهم على هذه القاعدة العامة في الجملة، فإنهم مختلفون في بعض الجزئيات، نتيجة لاختلافهم في تطبيق القاعدة، بل إن هذا الاختلاف في الجزئيات موجود بين فقهاء المذهب الواحد، مثال ذلك اختلاف أئمة الحنفية في بيع الثوب المطوي برؤية خارجه، والدار برؤية خارج البيوت وصحن الدار، فقال الأئمة الثلاثة: تكفي رؤية خارج الثوب، كما تكفي رؤية خارج البيوت، وصحن الدار، وقال زفر: لا بد من نشر الثوب كله، ولا بد من رؤية داخل البيوت، والفتوى على رأي زفر. ابن عابدين ٤: ٩١ و ٩٢، وانظر ما تقدم في بيع ما يكمن في الأرض وبيع ما يختفي في قشره فإن له صلة وثيقة بهذا الموضوع ص٢١٢ ــ ٢٢٥، وانظر أيضاً المجموع ٩: ٢٩٧، والمغني ٣: ٥٨١، والروضة البهية ص ٢٨٧، وانظر المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٦٧.

البيع بالنموذج[1]:

النموذج هو مثال الشيء، وصورة بيع النموذج: أن يرى البائع المشتري بعض المبيع، ويتبايعا على أن المبيع كله من نوع النموذج، كأن يريه مثلاً شيئاً من القمح الذي في مخزنه، ويبيعه العشرين إردباً التي في المخزن على أنها من نوع ما رآه المشتري، وبيع النموذج هذا لا يكون إلا في المثليات، وقد جوز أكثر الفقهاء البيع على النموذج، فممن جوزه الحنفية، قال الزيلعي: «ولو دخل في المبيع أشياء، فإن كان لا تتفاوت آحاده، كالمكيل، والموزون، وعلامته أن يعرض بالنموذج، يكتفي برؤية بعضه؛ لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد؛ ولوقوع العلم به بالباقي، إلا إذا كان الباقي أردأ، فيكون له الخيار فيه وفيما رأى، لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأنها مع الخيار لا تتم، وإن كان آحاده تتفاوت، وهو الذي لا يباع بالنموذج، كالثياب والدواب والعبيد، فلا بد من رؤية كل واحد من أفراده؛ لأنه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت»[2]، فالبيع بالنموذج عند الحنفية لا يثبت معه الخيار إذا كان ما لم ير مطابقاً للنموذج، أما إذا كان أردأ فللمشتري الخيار، وعلى هذا فإن خيار الرؤية الذي يثبت في بيع العين الغائبة يختلف عن الخيار الذي يثبت في البيع بالنموذج.

ويلاحظ أن الزيلعي أدخل الثياب فيما لا يباع بالنموذج، وقد حقق ابن عابدين أن الثياب إذا كانت من نمط واحد لا يختلف عادة بحيث يباع كل واحد منها بثمن متحد تكفي رؤية ثوب منها، وذلك ــ كما يقول ابن عابدين؛ لأنها تباع بالنموذج في عادة التجار، فإذا كانت ألواناً مختلفة، ينظرون من كل لون إلى ثوب واحد، بل قد يقطعون من كل لون قطعة قدر الأصبع، ويلصقون القطع في ورقة،

(١) النموذج ــ بفتح النون ــ مثال الشيء معرب، والأنموذج: لحن، القاموس المحيط. وكثير من الفقهاء يقول الأنموذج.

(٢) الزيلعي ٤: ٢٦، وانظر أيضاً الأصل ص ١٤٩.

فيعلم حال جميع الأثواب برؤية هذه الورقة إلى آخر ما قاله[1]، وكله متفق مع ما هو جار في زماننا، والواقع أن الثياب أصبحت الآن من المثليات.

وتكفي عند المالكية رؤية بعض المبيع، إذا كان مثلياً كالمكيل والموزون، أما المقوّم فلا تكفي رؤية بعضه على ظاهر المذهب، وذلك كعدل مملوء من القماش، وقال ابن عبد السلام: الروايات تدل على مشاركة المقوم للمثلي في كفاية رؤية البعض إذا كان المقوم من صنف واحد[2]، وقول ابن عبد السلام أولى بالقبول وإن كان خلاف الراجح في المذهب؛ لأن القيمي المتحد الصنف لا فرق بينه وبين المثلى، بل هو مثلى في الحقيقة، فالعدل المملوء من القماش إذا كان القماش من صنف واحد ينبغي أن يجوز بيعه بالنموذج.

وللشافعية في بيع النموذج ثلاثة أوجه: وجه بالصحة، ووجه بالبطلان، والوجه الثالث، وهو أصحها: أن النموذج إن أدخل في البيع صح، وإن لم يدخل لا يصح، فلو أرى البائع المشتري كمية من القمح وقال له: بعتك العشرين إردباً التي في هذا المخزن، وهي من هذا الصنف الذي رأيته لم يصح البيع لأن النموذج لم يدخل في البيع، فيكون المبيع غير مرئي، أما لو أدخل النموذج في البيع فقال: بعتك هذه الكمية من القمح والعشرين إردباً التي في هذا المخزن وهي من صنف هذه الكمية صح البيع، قالوا: لأنه يكون في هذه الحالة كما لو رأى البعض متصلاً بالباقي، كما في بيع صبرة القمح برؤية ظاهرها، وهو جائز بلا خلاف، ولا خيار للمشتري إلا إذا خالف ما لم يره ما رآه[3]. وهذه تفرقة لفظية لا أرى ما يبرر اختلاف الحكم من أجلها.

وقال الحنابلة: لا يصح بيع النموذج، فلو أرى البائع المشتري صاعاً من

(١) حاشية ابن عابدين ٤: ٩١ ــ ٩٢.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٢٤، ط المكتبة التجارية.

(٣) المجموع ٩: ٢٩٨، وانظر أيضاً ص ٢٩١ و ٢٩٧ منه.

صبرة وباعه الصبرة على أنها من جنسه فالبيع غير صحيح؛ لعدم رؤية المبيع وقت العقد[١]، ولم يذكر البهوتي تعليلاً لعدم الصحة غير هذا، وهو تعليل غير متفق مع ما قرره في المتن من أن الشرط: «أن يكون المبيع معلوماً لهما، برؤية تحصل بها معرفة مقارنة له وقت العقد، أو لبعضه إن دلت على بقيته وإلا فلا» ولا شك أن رؤية النموذج تدل على بقية المبيع، ثم إن النموذج كما عرفه البهوتي نفسه هو: «ما دل على صفة الشيء» والحنابلة يجوزون البيع على الصفة، كما تقدم[٢]. فكان الواجب عليهم أن يجوزوا بيع النموذج، والشيعة الإمامية يجوزون البيع بنموذج المتماثل، ويجعلون للمشتري الخيار في حالة النقص[٣]، ويبدو أن الظاهرية لا يجوزون بيع النموذج، وإن كنت لم أر لهم كلاماً صريحاً في هذا الموضوع إلا ما شنع به ابن حزم على أبي حنيفة من أنه أجاز بيع المغيب في الأرض كالجزر، والبصل، وأوجب على البائع أن يقلع منه نموذجاً يريه المشتري، قال ابن حزم: «. . . وليت شعري ما هذا الأنموذج الذي لا هو لفظة عربية من اللغة التي بها نزل القرآن وخاطبنا بها رسول الله ﷺ ولا لفظة شرعية، ثم صار يشرع بها أبو حنيفة الشرائع فيحرم ويحلل، فعلى الأنموذج العفاء وصفع القفاء، وعلى كل شريعة تشرع بالأنموذج. . .»[٤].

وبالرغم مما قاله ابن حزم في النموذج فإن الناس لا يستغنون عنه في معاملاتهم، ولهذا فقد شرع به أبو حنيفة وغيره؛ لأن فيه تحقيقاً لمصالح العباد، ودفعاً للحرج والمشقة عنهم، وهذا هو ما ترمي إليه الشريعة الإسلامية.

• • •

(١) كشاف القناع عن متن الإقناع ٣:١٣٠.

(٢) المصدر السابق، و ص٤١٣ و٤١٦.

(٣) الروضة البهية ص ٢٨٧.

(٤) المحلى ٨:٣٩٥ ــ ٣٩٦.

الفرع الثاني
بيـع الأعمى وشراؤه[١]

جمهور الفقهاء على أن البيع والشراء من الأعمى صحيح على اختلاف بينهم في التفاصيل:

فعند الحنفية يجوز شراء الأعمى وبيعه، ويثبت له الخيار فيما اشترى، ولا خيار له فيما باع على أصح الروايتين في المذهب، كما تقدم في بيع البصير ما لم يره[٢].

وعند المالكية يقوم الوصف مقام الرؤية في تعيين المحل بالنسبة للأعمى، فيجوز بيعه وشراؤه، ويعتمد في ذلك على الوصف إلا إذا كان المبيع جزافاً، فإن الوصف لا يكفي؛ لأن الرؤية شرط لصحة بيع الجزاف، كما تقدم، وعلى هذا فلا يصح بيع الجزاف ولا شراؤه من الأعمى[٣].

والحنابلة كالمالكية يصح عندهم بيع الأعمى وشراؤه إذا وصف له المبيع لأن الرؤية ليست شرطاً في البيع، وإنما الاعتبار بالصفة، وهي ممكنة في حق الأعمى،

(١) سيكون كلامنا خاصاً بما إذا كان المبيع مما يعلم بالرؤية، أما ما يعلم بالشم أو الذوق أو اللمس فلا يدخل في هذا الفرع.

(٢) البدائع ٥:١٦٤، وانظر ص٤٣٤.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٢٤، وانظر ص٢٥٧ و٢٥٨.

وإذا وجد الأعمى المبيع على خلاف الصفة فله خيار الخلف في الصفة[١].

والشيعة الزيدية يكتفون أيضاً بالوصف في بيع الأعمى وشرائه[٢]، وكذلك الشيعة الإمامية يجوزون شراء الأعمى وبيعه[٣].

ودليل الجمهور على صحة بيع الأعمى وشرائه هو:

١ ــ ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن رجلاً ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع فقال: إذا بايعت فقل لا خلابة[٤].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث، هو أن الرجل الذي قال له النبي ﷺ: «إذا بايعت فقل لا خلابة» هو حبان بن منقذ، وكان ضريراً، وقد جوز له النبي ﷺ أن يبيع ويشتري[٥].

٢ ــ الإجماع، فإن العميان في كل زمان من لدن رسول الله ﷺ لم يمنعوا من بياعاتهم وأشريتهم، بل بايعوا في كل الأعصار من غير إنكار[٦].

وأبطل الشافعية بيع الأعمى وشراءه على الصحيح في المذهب، إلا إذا كان الأعمى رأى شيئاً قبل أن يعمى، وكان مما لا يتغير، فإنه يصح بيعه وشراؤه لذلك الشيء، كما هو المذهب في بيع البصير وشرائه على الرؤية السابقة كما تقدم[٧].

وبطلان بيع الأعمى وشرائه لا خلاف فيه على القول ببطلان بيع العين

---

(١) المغني ٤: ٢١٠، والنكت والفوائد السنية على مشكل المحرر ١: ٢٩٢.

(٢) البحر الزخار ٣: ٢٩٢.

(٣) الروضة البهية ص ٢٨٧.

(٤) رواه البخاري، صحيح البخاري مع العيني ١١: ٢٣٣.

(٥) العيني على البخاري ١١: ٣٣٣ والبدائع ٥: ١٦٤.

(٦) البدائع ٥: ١٦٤، والبحر الزخار ٤٣: ٣٩٢.

(٧) انظر ص٤٢٥.

الغائبة، أما على القول بالصحة فكان ينبغي أن يجوز بيع الأعمى وشراؤه، ولكن الشافعية قالوا: إن في بيع الأعمى وشرائه على القول بصحة بيع العين الغائبة وجهين: أصحهما عدم الجواز أيضاً؛ لأنه لا طريق للأعمى إلى رؤية المبيع، ولا يمكنه أن يوكل في الخيار؛ لأنه خيار ثبت بالشرع، فلا تجوز الاستنابة فيه كخيار المجلس، فيكون البيع من الأعمى كبيع العين الغائبة على ألاّ خيار للمشتري.

والوجه الآخر: أن بيع الأعمى وشراءه يصح، كما يصح من البصير فيما لم يره، ويستنيب في القبض والخيار، أو يصفه له غيره، ويقوم هذا الوصف مقام الرؤية[١]، وهذا الوجه الثاني متفق مع رأي الجمهور، وهو الأحرى بالقبول.

وفي مذهب الإباضية عدة أقوال في بيع الأعمى وشرائه، ومذهبهم أقرب إلى المنع منه إلى الجواز، وهذه خلاصة أقوالهم[٢]:

(أ) ما رآه الأعمى قبل العمى:

إذا باع الأعمى، أو اشترى شيئاً عرفه قبل أن يعمى، ففي صحة عقده قولان:

١ ــ العقد فاسد، سواء كانت العين مما تتغير أو لا، وهذا على قول من لا يجيز بيع الغائب على الرؤية السابقة.

٢ ــ العقد فاسد إذا كانت العين مما يتغير ومضت مدة تتغير فيها، أما إن كانت العين مما لا يتغير، أو مما يتغير، ولم تمض مدة تتغير فيها، فالعقد صحيح، وقيل: لا يصح إلا إذا وصفت له، أو قيل له: هي باقية على ما رأيتها.

---

(١) المهذب ١: ٢٦٤، والمجموع ٩: ٣٠٢ ــ ٣٠٣.

(٢) في مذهب الإباضية قول بعدم جواز بيع الأعمى حتى فيما لا يحتاج إلى نظر، ولكن الصحيح في المذهب الجواز، والأقوال التي نذكرها في الأصل هي فيما تحتاج معرفته إلى النظر.

(ب) **ما لم يره قبل العمى:**

وإذا باع الأعمى، أو اشترى ما لم يره قبل العمى، ففي صحة عقده ثلاثة أقوال:

١ ــ لا يصح مطلقاً.

٢ ــ يصح فيما خف.

٣ ــ يصح إن كان نفعاً له ولم ينقضه[١].

وممن قال بعدم صحة بيع الأعمى، الثوري[٢].

والذي أرجحه من هذه الآراء، صحة بيع الأعمى وشرائه، وقيام الصفة مقام الرؤية فيما تمكن معرفته بالوصف، على أن يكون للأعمى الخيار، بائعاً كان أو مشترياً، إذا اتضح أن العين غير مطابقة للصفة.

عدم رؤية المبيع في القانون

المبادىء العامة للقانون المدني المصري لا تشترط رؤية المحل، وإنما تقتصر على أن يكون المحل معيناً تعييناً كافياً، ولكن جاء في القانون نص خاص يتعلق بعلم المشتري بالمبيع، وقالت المذكرة التفسيرية: إن المقصود بعلم المشتري خيار الرؤية، المعروف في الفقه الإسلامي، وإن المشرع، أراد بهذا النص أن يوفق بين خيار الرؤية والمبادىء العامة للقانون المدني[٣].

ونورد فيما يلي نص القانون ثم ننظر فيما يؤخذ منه:

تنص المادة (٤١٩) من التقنين المدني المصري على ما يأتي:

(١) شرح النيل ٤ : ١٤٠.

(٢) البحر الزخار ٣ : ٢٩٢.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ١٨.

١ ــ يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه.

٢ ــ وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال البيع، بدعوى عدم علمه به، إلا إذا أثبت تدليس البائع.

يستفاد من هذه المادة:

أولاً: وجوب علم المشتري بالمبيع.

ونود أن ننبه هنا إلى الفرق بين تعيين المبيع، والعلم بالمبيع، فتعيين المحل الذي تتحدث عنه المادة (١٣٣) من القانون المراد به أن يكون المحل معروفاً بذاته لا يقع فيه لبس، بصرف النظر عن علم المشتري به أو عدم علمه به، أما العلم بالمبيع المذكور في المادة (٤١٩) فالمراد به علم المشتري بالمبيع وأوصافه الأساسية علماً يمكنه من تعرفه، فالعلم بالمبيع مرحلة تأتي بعد تعيين المبيع[١].

هذا من ناحية حقيقة كل منهما، وهناك فرق آخر من حيث حكم البيع مع عدم تعيين المبيع، وحكمه مع عدم علم المشتري بالمبيع، فعدم تعيين المبيع يجعل البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً، كما تنص على ذلك المادة (١٣٣)، وأما عدم علم المشتري بالمبيع فإنه يجعل للمشتري وحده الحق في إبطال البيع، كما في المادة (٤١٩) فالبطلان هنا بطلان نسبي لا مطلق[٢].

ثانياً: أن يكون علم المشتري بالمبيع علماً كافياً، والعلم في كل شيء يكون بحسبه، والأصل في العلم بالمرئيات الرؤية، وقد نص القانون على أمرين يقومان مقام الرؤية:

(١) الوسيط للدكتور السنهوري ٤ : ١٢٣، وانظر أيضاً شرح البيع لمحمد حلمي عيسى ص ٣٣٥.

(٢) شرح البيع للدكتور أنور سلطان ص ١٥٣ ــ ١٥٤ الطبعة الثانية، وشرح البيع لمحمد حلمي عيسى ص ١٤٨.

أحدهما: أن يشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه، فرؤية المبيع يغني عنها بيان أوصافه الأسياسية بياناً يميزه عن الأشياء الأخرى.

ثانيهما: أن يذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، فإقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع يقوم أيضاً مقام الرؤية، ويكون إقراره حجة عليه لا تقبل منه بعده دعوى عدم العلم بالمبيع، إلا إذا أثبت أن البائع دلس عليه، بأن أراه مثلاً عيناً غير العين المبيعة، وأوهمه أنها العين المبيعة، فإن له في هذه الحالة الحق في طلب إبطال البيع للتدليس، لا لعدم علمه بالمبيع.

وهناك أمر ثالث يقوم مقام الرؤية لم ينص عليه القانون، ولكن الشراح يذكرونه، وهو ما إذا ثبت أن المشتري عالم بالمبيع.

فإذا لم يشتمل العقد على بيان أوصاف المبيع، ولم يقر المشتري في العقد أنه عالم بالمبيع، ولكن مع هذا استطاع البائع أن يثبت أن المشتري كان على علم بالمبيع؛ لأنه عاينه بنفسه، وتحقق من أوصافه، فإن المشتري في هذه الحالة لا يكون له حق الطعن في المبيع[1].

يتبين من هذا، أن القانون يشترط لصحة البيع الرؤية، أو ما يقوم مقامها، وهذا هو المقصود من النص على وجوب علم المشتري بالمبيع علماً كافياً، وعلى هذا، إذا اشترى شخص سلعة من غير رؤية أو ما يقوم مقامها، فللمشتري الحق في إبطال البيع عند رؤية المبيع إذا لم يوافقه، أي يثبت له خيار الرؤية، وهذا الحق الذي أعطاه القانون للمشتري يقوم على أساس نظرية الغلط؛ وذلك أن القانون افترض أن من يشتري سلعة من غير رؤية أو ما يقوم مقامها إنما يشتريها على أنها

---

(١) الوسيط للدكتور السنهوري ٤:١٢٤، وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١:٤٨ ــ ٤٩.

تفي بالغرض الذي اشتراها من أجله، فإذا رآها فلم يجدها وافية بالمقصود، يكون قد وقع في غلط جوهري يخول له الحق في إبطال البيع، وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الغلط[1]، هذا بالنسبة للمشتري، أما البائع فلا خيار له في القانون إذا باع ما لم يره. وهذه الأحكام التي جاءت في القانون لا تخرج عن آراء الفقهاء التي ذكرناها سابقاً كما هو واضح، ولكن هناك صورة في بيع العين الغائبة أجمع الفقهاء على منعها، وهي جائزة في القانون، وتلك الصورة هي بيع العين الغائبة من غير رؤية، أو ما يقوم مقامها على اللزوم، فلو تعاقد شخص مع آخر على شراء عين لم يرها، ولم توصف له، شراء باتاً لا خيار فيه، فالعقد صحيح قانوناً، ولا خيار للمشتري؛ لأن بطلان العقد في هذه الحالة حق للمشتري، وقد تنازل عنه، أما في الفقه الإسلامي فالعقد غير صحيح باتفاق الفقهاء، الذين يجيزون بيع الغائب من غير رؤية ولا صفة، والذين لا يجيزونه، أما بالنسبة لمن لا يجيزونه فالأمر ظاهر، وأما بالنسبة لمن يجيزونه، فقد رأينا أنهم فريقان، فريق يثبت للمشتري الخيار بمقتضى العقد، ولا يسمح له بالتنازل عنه قبل الرؤية، وفريق يشترط للجواز اشتراط الخيار في العقد، فالفريقان متفقان على أن البيع على اللزوم غير صحيح.

ورأي الفقه أولى بالقبول؛ لأن في هذا البيع غرراً كثيراً يترتب عليه حتماً أكل أحد المتعاقدين مال الآخر بالباطل.

---

(١) الوسيط للسنهوري ٤:١٢٤ ــ ١٤٦؛ وشرح البيع للأستاذ أحمد نجيب الهلالي ص ٩٤ ــ ٩٧، وقازن شرح البيع للأستاذ محمد حلمي عيسى ص ٣٣٧، وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١:٤٨ ــ ٤٩. هذا النوع من الغلط لا أثر له في العقد في القانون الإنجليزي، لأنه غلط في صفة المحل من جانب واحد، والغلط في الصفة لا أثر له إلا إذا كان غلطاً مشتركاً من الجانبين في صفة جوهرية. انظر:

The Sale of Goods By P. S. Atiya P 21 & 24.

The Law of Contract By. G. H. Treitel P 158- 164.

البيع بالعينة في القانون(١)

تناولت المادة (٤٢٠) من التقنين المدني المصري بعض أحكام البيع بالعينة، هذا نصها:

١ ــ إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها.

٢ ــ وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ كان على المتعاقد، بائعاً كان أو مشترياً، أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق.

ولا أريد أن أتعرض لكل ما تناولته المادة من أحكام، وإنما اكتفى ببيان ما يتصل بالموضوع من حيث صحة البيع بالعينة، وما يترتب عليه من ثبوت الخيار للمشتري.

واضح من نص المادة أن البيع بالعينة صحيح؛ لأن رؤيتها تغني عن رؤية المبيع وبيان أوصافه، والمشتري برؤيته للعينة يكون قد التزم بشراء سلعة مطابقة للعينة التي رآها، وعليه فإذا جاء المبيع مطابقاً للعينة فلا كلام للمشتري ولو وجده غير ملائم لحاجته، أما إذا لم يجيء المبيع مطابقاً للعينة فللمشتري رفضه، ولو كان أجود من العينة(٢).

---

(١) البيع بالعينة في القانون هو البيع بالنموذج في الفقه الإسلامي. انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤: ٢٢، فقد جاء في المذكرة الإيضاحية كلمة نموذج مكان عينة، ولكن مع هذا فقد فرقت محكمة الاستئناف المختلطة بين البيع على مقتضى عينة، والبيع بالنموذج بأنه في البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً للعينة، أما في البيع بالنموذج فيكفي أن يشتمل المبيع على العناصر الأساسية التي يقوم عليها النموذج حتى لو وجدت فروق بسيطة بين المبيع والنموذج ما دام المبيع صالحاً للغرض المخصص له (استئناف مختلط، ٣ فبراير ١٩٠٩م ٢١ ص ١٥٣)، وانظر أيضاً شرح البيع لمحمد حلمي عيسى ص ٢٦٧.

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري ٤: ٢٣٤ ــ ٢٣٧، وانظر فيه ما يجوز للمشتري أن يطالب به غير

شراء الأعمى في القانون المصري

كان في التقنين المدني المصري السابق نص خاص بشراء الأعمى، حذف في التقنين الجديد، لأن في القواعد العامة غنى عن ذكره، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي(١)، وكان ذلك النص يقضي بأن «البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة، أو حصلت معاينة ممن عينه معتمداً عليه في ذلك»(٢).

فعلى هذا إذا كان المبيع مما يعرف بغير حاسة البصر ــ اللمس أو الذوق مثلاً ــ فشراء الأعمى له صحيح، ولا فرق بينه وبين البصير. وهذا حكم واضح.

أما إذا كان المبيع من المرئيات، فالذي يستفاد من المادة ومن القواعد العامة، أنه إذا كانت معرفته ممكنة بالصفة فإن وصفه للأعمى يكفي في هذه الحالة، ويقوم مقام الرؤية بالنسبة للبصير، أما إن كانت معرفته لا تتحقق إلا بالنظر إليه، فلا بد في هذه الحالة من أن ينيب الأعمى وكيلاً عنه في الشراء.

أما بيع الأعمى فلم يتعرض له التقنين السابق، وهو صحيح بمقتضى القواعد العامة، ولا خيار له، ولو كان المبيع مما لا يعرف إلا بالبصر؛ لأن القانون لا يشترط علم البائع بالمبيع، ولا يجعل له الخيار في بيع ما لم يره.

القانون الإنجليزي

جاء في لائحة بيع البضائع ثلاث مواد تتعلق بالبيع على الصفة (Sale by description) والبيع بالعينة (Sale by Sample) فقد نصت المادة (١٣) على ما يأتي:

فسخ البيع ص ٢٣٧ ــ ٢٣٩، وانظر أيضاً شرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١: ٦٧ ــ ٦٩.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤: ١٩.

(٢) المادة (٢٥٣) من التقنين السابق.

«في بيع البضاعة على الصفة يكون هناك شرط ضمني، بأن البضاعة سوف تطابق الصفة، وإذا كان البيع بالعينة والصفة معاً، فلا تكفي مطابقة البضاعة للعينة إذا لم تكن مطابقة للصفة»:

ونصت المادة (١٤ ـ ٢) على ما يلي:

في حالة شراء البضاعة على الصفة من بائع يتعامل في البضاعة التي على تلك الصفة، سواء أكان هو الصانع أم لا، يكون هناك شرط ضمني بأن تكون البضاعة من صنف صالح للتجارة، على أنه إذا كان المشتري فحص البضاعة فإنه لا يكون هناك شرط ضمني بالنسبة للعيوب التي كان يجب أن يكشفها ذلك الفحص.

ونصت المادة (١٥ ـ ١) على ما يأتي:

يكون البيع بيعاً بالعينة إذا كان في العقد نص صريح أو ضمني على أن البيع بالعينة.

ونصت المادة (١٥ ـ ٢) على ما يأتي:

في حالة البيع بمقتضى عينة:

(أ) يوجد شرط ضمني بأن البضاعة سوف تطابق العينة في جودتها.

(ب) يوجد شرط ضمني بأن يعطي المشتري فرصة معقولة لمقارنة البضاعة مع العينة.

(جـ) يوجد شرط ضمني بأن البضاعة خالية من كل عيب يجعلها غير صالحة للتجارة إذا كان العيب لا يظهر من الفحص المعقول للعينة[1].

هذه المواد الغرض منها بيان الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة القائلة

(١) The Sale of Goods Act 1893 Sect 13- 15.
وما ذكرته هو ترجمة حرفية لهذه المواد.

بأن على المشتري أن يأخذ حذره Caveat Emptor، فعلى المشتري أن يحتاط لنفسه بشروط ينص عليها صراحة لأن النظرية العامة أن القانون لا يفترض شروطاً ضمنية، إلا في حالات استثنائية، منها ما نص عليه في المواد السابقة من أنه في حالة البيع بالعينة أو على الصفة يجب أن يكون البيع مطابقاً للعينة والصفة.

المراد بالبيع على الصفة:

البيع على الصفة ينطبق على كل الحالات التي لا يرى فيها المشتري المبيع، ولكنه يعول على الوصف وحده[1]، وهذه هي حالة بيع العين الغائبة على الصفة، كما ينطبق على حالات كثيرة يكون فيها المبيع معيناً ومشاهداً للمشتري، وذلك في الحالات التي يصاحب فيها البيع وصف المبيع[2]، وعلى هذا فإن الحالة الوحيدة التي لا يكون فيها البيع على الصفة، هي ما إذا قال المشتري: اشتريت هذه السلعة، أو كان البيع بالمعاطاة[3].

المراد من البيع بالعينة:

حددت المادة (١٥ ـ ١) البيع بالعينة بأنه ما نص فيه صراحة أو ضمناً على أنه بيع بالعينة، وعلى هذا فلا يكفي لاعتبار البيع بيعاً بالعينة، أن يرى البائع المشتري عينة لفصحها، إذا لم يقم الدليل على أن في نية المتعاقدين أن يتبايعا بالعينة[4].

(١) Varley V. Whipp (1900) 1QB- 513.

(٢) Crant V. Australia Knitting Mills. Ltd. 1936 A. C. P. 100.
هذه الصورة من البيع لا تدخل في بيع الغائب على الصفة في الفقه الإسلامي، لأنه ما دام المبيع حاضراً ومشاهداً فالعبرة بالرؤية. ولا محل للوصف، لأن الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر. انظر المجلة العدلية مادة (٦٥).

(٣) The Sale of Goods by P. S. Atiya P. 68.

(٤) Drummond V. Van Ingen.1887 12 App. cas 284 P. 297 & The Sale of Goods by Atiya P. 76.

مخالفة البضاعة للصفة أو العينة:

واضح من النصوص المتقدمة أن البضاعة المبيعة لا بد أن تكون مطابقة للصفة والعينة، ولا بد أن تكون المطابقة كاملة، وعلى هذا فإذا جاءت البضاعة مخالفة للصفة أو للعينة، فللمشتري رفضها، ولو كانت المخالفة لا يترتب عليها أي ضرر[١]، بل ولو نص في عقد البيع على عدم مسؤولية البائع عن العيوب التي في البضاعة؛ وذلك لأن القانون يلزم البائع بتسليم بضاعة مطابقة للصفة والعينة، فكل نص يخالف ما أوجبه القانون فهو نص باطل[٢].

وهذه الأحكام التي جاءت في القانون المصري والإنجليزي لا تخرج عما قاله الفقهاء إلا في المسائل التي نبهنا إليها.

• • •

(١) Remoore and Co., Ltd and Landauer and Co. 1921 2K. B519. & the Sale of Goods by atiya 74- 75.

(٢) Robert A. munro and Co. Ltd V. meyer (1930) 2K. V 312. and the Sale of Goods by Atiya P75 and 77.

الباب الثاني

أثر الغرر في غير عقد البيع

خطة البحث:

تكلمت في الباب الأول عن أثر الغرر في عقد البيع، وفصلت فيه القول تفصيلاً إن لم يكن أحاط بكل جزئياته، فقد أحاط بالهام منها، وكشف لنا آراء الفقهاء على اختلاف مذاهبهم في أثر الغرر في عقد البيع، وقد كان من الطبيعي أن أسلك هذا المسلك التفصيلي في عقد البيع، لأن النص الخاص بالغرر ورد فيه، فهو الأصل وما عداه فرع.

أما في هذا الباب فسأكتفي ببيان القواعد الكلية التي قالها الفقهاء، والقواعد التي يمكن استخلاصها من الجزئيات، مع ذكر بعض التفصيلات التي توضح تلك القواعد وتؤيدها. وسأجعل هذا الباب ثلاثة فصول:

الفصل الأول: أثر الغرر في عقود المعاوضات المالية.

الفصل الثاني: أثر الغرر في عقود التبرعات.

الفصل الثالث: أثر الغرر في العقود الأخرى.

• • •

الفصل الأول

أثر الغرر في عقود المعاوضات المالية

الغرر يؤثر في جميع عقود المعاوضات المالية:

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي، هي: أن الغرر يؤثر في سائر عقود المعاوضات المالية، قياساً على عقد البيع الذي ورد النص بتأثير الغرر فيه.

ولا خلاف بين الفقهاء في أصل هذه القاعدة، وإنما يختلفون في تطبيقها على نحو اختلافهم في تطبيقها بالنسبة لعقد البيع[١]، غير أن الظاهرية يختلفون مع الجمهور اختلافاً قد يمتد إلى أصل القاعدة، وذلك نتيجة لعدم اعترافهم بالقياس، وسنشير إلى هذه الخلافات في أماكنها[٢].

تطبيقات القاعدة:

ونورد فيما يلي ما يثبت هذه القاعدة ويبرز نواحي الاختلاف في تطبيقها فنتحدث عن أثر الغرر في عقد السلم والاستصناع، والإجارة، والشركة، وذلك في أربعة مباحث:

● ● ●

(١) الفروق للقرافي ١ : ١٥٠، وانظر أيضاً المدخل للفقه الإسلامي، للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٥٨١، الطبعة الثانية.

(٢) انظر المحلى ٨ : ١٨٣ و ١٩١.

المبحث الأول

أثر الغرر في عقد السلم

تعريف السلم:

السلم[1] هو: بيع آجل بعاجل[2]، فالسلم نوع من البيع يتأخر فيه المبيع، ويسمى المسلم فيه، ويتقدم فيه الثمن، ويسمى رأس مال السلم، فهو عكس البيع بثمن مؤجل[3].

مشروعيته:

السلم مشروع بالكتاب والسنة، أما الكتاب فقوله تعالى: **﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه إلخ﴾**[4].

قال ابن عباس: «أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في

(١) السلم والسلف بمعنى واحد، الأول لغة أهل الحجاز، والثاني لغة أهل العراق. نيل الأوطار ٥:٣٤٣.

(٢) تنوير الأبصار مع ابن عابدين ٤:٢٨١، وانظر فتح العزيز، ٩:٢٠٧.

(٣) لا يوافق ابن حزم على أن السلم بيع، لأن الرسول ﷺ سماه السلم والسلف والتسليف ولم يسمه بيعاً. المحلى ٩:١٠٥ و ١٠٦ و ١٠٧ و ١١٤.

(٤) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

كتابه وأذن فيه، ثم قرأ: يـٰأيها الذين آمنوا إذا تداينتم الخ[1].

وأما السنة فما روى عن ابن عباس أنه قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة والناس يسلفون في الثمر العام والعامين، أو قال: عامين أو ثلاثة، شك إسماعيل[2] فقال: «من سلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم».

رواه الجماعة، واللفظ للبخاري، وفي بعض طرق البخاري زيادة: «إلى أجل معلوم»[3].

وقد أجمع العلماء على جوازه، إلا ما حكى عن ابن المسيب أنه لا يجيزه متمسكاً بحديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان[4].

شـروطـه:

(أ) يشترط فيه ما يشترط في البيع:

السلم ــ كما قلت ــ نوع من البيع، ولهذا فإن جميع الشروط التي تشترط في البيع تشترط في السلم[5]، وعلى هذا فلا بد من أن يكون خالياً من جميع أنواع الغرر التي ذكرناها في عقد البيع، ولكن جمهور الفقهاء يستثنون من قاعدة «يشترط في السلم ما يشترط في البيع» شرط وجود المحل عند العقد؛ وذلك لأنهم يرون أن

(١) البحر الزخار ٣:٣٩٧، والمغني ٤:٢٧٥، والتلخيص الحبير لابن حجر مع المجموع ٩:٢٠٦.

(٢) إسماعيل بن علية: أحد رواة الحديث، وهو إسماعيل بن إبراهيم بن سهم الأسدي، وعُلية ــ بضم العين وفتح اللام وتشديد الياء ــ : اسم أمه مولاة لبني أسد.

(٣) صحيح البخاري مع عمدة القاري ١٢:٦١ و ٦٣، ومنتقى الأخبار ٥:٣٤٣.

(٤) البحر الزخار ٣:٣٩٧، ونيل الأوطار ٥:٣٤٣. وانظر المحلى ٩:١٠٦، فقد جاء فيه أن طائفة كرهت السلم جملة.

(٥) نيل الأوطار ٥:٣٤٤، وفتح العزيز مع المجموع ٩:٢٠٧، والمغني ٤:٢٧٥.

بيع المعدوم منهى عنه كما تقدم[1]، ولهذا فقد اعتبروا العقود التي صحت مع عدم وجود المحل عقوداً مخالفة للقياس، جازت استثناء لورود نص بجوازها، أوللحاجة إليها، ومن هذه العقود المستثناة عقد السلم، بل إن بعض الفقهاء اعتبره مستثنى من قاعدة النهى عن بيع الغرر، يقول الشوكاني: «واختلف الفقهاء هل هو عقد غرر جوز للحاجة أم لا؟[2]».

والذي أراه أن عقد السلم ليس عقد غرر، وإن كان عقداً على معدوم؛ لأنه لا يلزم من كون محل العقد في السلم معدوماً وقت العقد أن يكون عقد غرر، وقد أشرت إلى هذه المسألة سابقا[3]، وستزداد وضوحاً ببيان الشروط الخاصة التي اشترطت في عقد السلم:

(ب) الشروط الخاصة بعقد السلم:

اشترط الفقهاء في عقد السلم شروطاً خاصة، زيادة على الشروط التي يشترك فيها مع عقد البيع، نذكر منها الشروط التي تباعد بينه وبين الغرر الممنوع، وتجعله من بيع المعدوم الذي لا غرر فيه.

الشرط الأول: أن يكون المسلم فيه مما يغلب وجوده عند حلول الأجل[4]، وهذا شرط متفق عليه؛ لأن المسلم فيه واجب التسليم عند الأجل فلا بد أن يكون تسليمه ممكناً حينذاك، وإلا كان من الغرر الممنوع، وعلى هذا فلا يجوز أن يسلم في ثمر إلى أجل لا يعلم وجود ذلك الثمر فيه، أو لا يوجد فيه إلا نادراً،

(١) انظر ص٣٦٩.

(٢) نيل الأوطار ٥:٣٤٤، وانظر فتح العزيز مع المجموع ٩:٢٠٩، والمغني ٤:٢٩٣، وانظر أيضاً الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٣٧٧.

(٣) انظر ص٣٧١، وانظر القياس لابن تيمية ص ١٩.

(٤) ابن عابدين ٤:٢٨٤، وبداية المجتهد ٢:٢٠٢، وفتح العزيز مع المجموع ٩:٢٤١، والمغني ٤:٢٩٣، والمحلى ٩:١١٤، والبحر الزخار ٤:٤٠٣، والمختصر النافع ص ١٥٨.

كما لا يجوز أن يسلم في ثمار نخلة معينة، أو ثمار بستان بعينه، وقد كان أهل المدينة حين قدم النبي ﷺ يسلمون في ثمار نخيل بأعيانها، فنهاهم عن ذلك، وقد روى عن النبي ﷺ أنه أسلف إليه رجل من اليهود دنانير في تمر مسمى، فقال اليهودي: من تمر حائط بني فلان، فقال النبي ﷺ: أما من حائط بني فلان فلا، ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى؛ وذلك لأن ثمر البستان المعين لا يؤمن تلفه[1].

وجود المسلم فيه عند العقد ليس شرطاً عند الجمهور:

لا يشترط عند جمهور الفقهاء وجود المسلم فيه عند العقد، ولا بعده قبل حلول الأجل، فلا يضر عندهم عدم وجوده عند العقد، كما لا يضر انقطاعه بين العقد والأجل.

وحجتهم في هذا:

١ ـ حديث ابن عباس المتقدم[2]، فإنه لم يذكر فيه شرط الوجود، ولو كان شرطاً لذكره النبي ﷺ، ولنهاهم عن السنتين والثلاث؛ لأن من المعلوم أن الثمر لا يبقى هذه المدة.

٢ ـ التسليم قبل حلول الأجل غير مستحق، فلا يلزم وجود المسلم فيه، إذ لا ثمرة لوجوده حينئذ[3]، ورأى الجمهور هذا يؤيد ما سبق أن قررته من أن الغرر يدخل البيع من جهة كون المبيع مجهول الوجود، لا من جهة كونه معدوماً وقت العقد، فإن ما اشترطه الجمهور في المسلم فيه، وهو لا يكون عند الجمهور

(١) المغني ٤:٢٩٤، والبحر الزخار ٣:٣٩٩، وانظر سنن ابن ماجه ٢:٤١، المطبعة التازية.

(٢) انظر ص٤٥٦، وانظر أيضاً حديث عبد الرحمن بن أبزى في نيل الأوطار ٥:٣٤٤.

(٣) المنتقى ٤:٣٠، وفتح العزيز مع المجموع ٩:٢٤٥، والمغني ٤:٢٩٤، والبحر الزخار ٣:٤٠٣، والمحلى ٩:١١٤.

إلا شيئاً مستقبلاً ثابتاً في الذمة، يئول إلى اشتراط «عدم الجهل بوجود المسلم فيه»[1].

وقال الحنفية: يشترط وجود المسلم فيه في الأسواق من حين العقد إلى حين حلول الأجل، ولو لم يكن موجوداً عند المسلم إليه، فالسلم عند الحنفية لا بد أن يكون في إبان وجود المسلم فيه، فلو كان المسلم فيه موجوداً عند العقد غير موجود عند حلول الأجل لا يجوز السلم، وهذا محل اتفاق، وكذلك لا يجوز السلم عند الحنفية لو كان المسلم فيه موجوداً عند حلول الأجل، ولكنه غير موجود عند العقد، أو كان موجوداً عند العقد وعند حلول الأجل، ولكنه انعدم فيما بين ذلك.

وحجة الحنفية في هذا الشرط هي: أن الأجل يبطل بموت المسلم إليه، ويجب أخذ المسلم فيه من تركته، فاشترط لذلك دوام وجود المسلم فيه؛ لتدوم القدرة على تسليمه، إذ لو لم يشترط هذا الشرط، ومات المسلم إليه قبل أن يحل الأجل فربما يتعذر تسليم المسلم فيه[2]، وينبني على هذا الشرط أن السلم عند الحنفية ليس من بيع المعدوم، وإنما هو من بيع ما ليس مملوكاً للبائع.

ولا شك أن الحنفية قد شددوا أكثر مما يلزم في التحرز من الغرر باشتراطهم هذا الشرط، وقد كان من الممكن معالجة الحالة التي فرضوها بما عالج به الحنفية أنفسهم حالة انقطاع المسلم فيه بعد حلول الأجل وقبل أن يوفى، فقد قالوا فيها:

(١) انظر ص٣٦٩–٣٧٤.

(٢) ابن عابدين ٤: ٢٨٤ و ٢٨٦. أجاب ابن قدامة عن حجة الحنفية بقوله: «لا تسلم أن الدين يحل بالموت، وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود، إذ لو لزم أفضى إلى أن تكون آجال السلم مجهولة» المغني ٤: ٢٩٤». واشترط سفيان والأوزاعي وجود المسلم فيه وقت العقد، ولكنهما لم يشترطا عدم انقطاعه. المحلى ٩: ١١٤، وقارن نيل الأوطار ٥: ٣٤٤.

يخير رب السلم بين انتظار وجود المسلم فيه، والفسخ وأخذ رأس ماله[1]، فلم لا يقال هذا في حالة انقطاع المسلم فيه عند موت المسلم إليه؟ هذا على التسليم بأن موت المسلم إليه يبطل الأجل، أما إذا قلنا بأن الموت لا يبطل الأجل فإن حجة الحنفية تبطل من أساسها[2].

الشرط الثاني: قبض رأس مال السلم في مجلس العقد.

يشترط في السلم تسليم رأس ماله في مجلس العقد، فلو تفرق المتعاقدان قبل التسليم بطل العقد، وهذا رأي جمهور الفقهاء[3].

وحجتهم في ذلك أن تأخير التسليم يصير العقد كبيع الكالىء بالكالىء، وذلك لأن المسلم فيه دين في الذمة، فلو أخر تسليم رأس المال عن المجلس لكان ذلك في معنى بيع الكالىء بالكالىء[4].

ويقول الغزالي: إن الغرض من هذا الشرط «جبر الغرر في الجانب الآخر» ويريد من ذلك كما يقول الرافعي: «إن الغرر في المسلم فيه احتمل للحاجة، فجبر ذلك بتأكيد العوض الثاني بالتعجيل؛ لئلا يعظم الغرر في الطرفين»[5].

وهذا متمش مع الرأي القائل: إن السلم عقد غرر جوز للحاجة، ويبدو لي أن هذا الشرط ليس الغرض منه تخفيف الغرر؛ لأنه لا غرر في مجرد التأجيل، وإنما هو شرط يتفق مع طبيعة عقد السلم والحاجة التي شرع من أجلها، وهي احتياج المسلم إليه إلى المال قبل حصوله على المسلم فيه؛ ولهذا فإني لا أرى

(١) ابن عابدين ٤: ٢٨٤.

(٢) قارن مصادر الحق للدكتور السنهوري ٣: ٤١.

(٣) ابن عابدين ٤: ٢٨٨، والوجيز للغزالي مع المجموع ٩: ٢٠٨، والمغني ٤: ٢٩٥، والمحلى ٩: ١٠٩، والبحر الزخار ٣: ٣٩٨، والمختصر النافع ص ١٥٨.

(٤) فتح العزيز مع المجموع ٩: ٢٠٨، والبحر الزخار ٣: ٣٩٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٢٢.

(٥) الوجيز وشرحه فتح العزيز مع المجموع ٩: ٢٠٧ ـ ٢٠٩.

ما يمنع تأجيل رأس المال إلى أجل قريب، بشرط أن يكون أقل من أجل المسلم فيه.

وهذا الرأي يمكن أن يجد له سنداً من المذهب المالكي، فإن المالكية يرون أن التأخير إلى ثلاثة أيام لا يضر، ولو كان مشروطاً في العقد، ما لم يكن أجل السلم قريباً كيومين، أما إن كان التأخير أكثر من ثلاثة أيام، فإن كان مشروطاً في العقد فلا يصح، وإن كان غير مشروط، فلما لك قولان في المدونة، قول بفساد العقد، وقول بعدم الفساد، سواء كثر التأخير جداً، بأن حل أجل السلم، أو لم يكثر جداً، والمعتمد القول بالفساد[١].

الشرط الثالث: أن يكون المسلم فيه مؤجلاً.

يشترط جمهور الفقهاء لصحة السلم أن يكون المسلم فيه مؤجلاً على اختلاف بينهم في مدة الأجل، فالسلم الحال لا يجوز عندهم[٢]، وقال الشافعية: يجوز السلم حالا، كما يجوز مؤجلاً[٣]، وممن قال بالجواز أبو ثور وابن المنذر[٤].

وحجة الجمهور في اشتراط الأجل:

١ ـ حديث ابن عباس المتقدم[٥]، فإن قوله ﷺ: «إلى أجل معلوم» أمر منه ﷺ بالأجل في السلم، وأمره يقتضي الوجوب، فيكون الأجل من جملة شروط

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣:١٩٥ ـ ١٩٦، وقارن مصادر الحق للدكتور السنهوري ٣:٤١.

(٢) ابن عابدين ٤:٢٨٦، والدسوقي على الشرح الكبير ٣:٢٠٥، والمغني ٤:٢٨٩ وفيه أن هذا قول الأوزاعي.

(٣) الوجيز مع المجموع ٩:٢٢٥.

(٤) المغني ٤:٢٨٩.

(٥) انظر ص٤٥٦.

صحة السلم، فلا يصح بدونه، كما لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن في المكيل والموزون[١].

٢ ـ إذا لم يشترط الأجل في السلم كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهى عنه[٢]، أو من بيع المعدوم، وهو لم يرخص فيه إلا في السلم[٣].

٣ ـ السلم جوز رخصة للرفق، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق[٤]، وذلك لأن المسلف يرغب في تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه، والمسلم إليه يرغب فيه لموضع النسيئة، وإذا لم يشترط الأجل زال هذا المعنى[٥].

وحجة الشافعية القياس الأولوي على السلم المؤجل، وذلك لأن في الأجل ضرباً من الغرر، لأنه ربما يقدر في الحال، ويعجز عند حلول الأجل، فإذا جاز السلم مؤجلا فهو حالا أجوز وعن الغرر أبعد[٦].

ورأى الجمهور أولى بالقبول؛ لقوة دليله وضعف دليل الشافعية، فإن القياس الذي احتجوا به غير سليم؛ لأن قولهم: «إن في الأجل ضرباً من الغرر» غير مسلم؛ لأن الأجل في السلم لا بد أن يكون معلوماً باتفاق الفقهاء، فمن أين يأتيه الغرر؟ ولو سلمنا بأن في السلم المؤجل غرراً هو احتمال العجز عند حلول الأجل، كما يفهم من عبارة الرافعي، فإنا لا نسلم بأن السلم الحال أبعد عن الغرر بهذا المعنى، بل العكس هو الصحيح؛ لأنه في السلم المؤجل يكون عند المسلم

---

(١) بداية المجتهد ٢:٢٠٣، والمغني ٤:٢٨٩، وعمدة القاري ١٢:٦٣.

(٢) بداية المجتهد ٢:٢٠٣.

(٣) نيل الأوطار ٥:٣٤٤.

(٤) المغني ٤:٢٨٩.

(٥) بداية المجتهد ٢:٢٠٣.

(٦) فتح العزيز ٩:٢٢٦.

إليه فرصة يستعد ويحضر فيها المسلم فيه، أما في السلم الحال، فإن المسلم إليه ملزم بالتسليم في الحال، وقد لا يجد المسلم فيه فيؤدي ذلك إلى النزاع بينه وبين المسلم، وهذا هو عين بيع الإنسان ما ليس عنده على المعنى الذي اخترته سابقاً[١].

وإذا قالوا: إن السلم الحال الذي نعنيه، هو ما كان المسلم فيه موجوداً عند المسلم إليه، كأن يسلم شخص في قمح موجود في مخزنه، قلنا لهم: هذا بيع وليس بسلم؛ لأنه لا ينطبق عليه اسم السلم ولا معناه: لا ينطبق عليه اسم السلم؛ لأنه يسمى سلماً وسلفاً لتعجل أحد العوضين، وتأخر الآخر، ولا ينطبق عليه معناه؛ لأنه ملاحظ في مشروعيته حاجة المسلم إليه إلى الثمن قبل حصوله على المسلم فيه، فإذا كان المسلم فيه موجوداً عنده فقد انتفت الحاجة إلى السلم؛ لأن في البيع غنى عنه.

والخلاصة: أني أرى في اشتراط التأجيل تخفيفاً للغرر، على عكس ما يراه الشافعية؛ لأن الشأن في المسلم فيه ألا يكون عند المسلم إليه، فإذا جوزنا السلم الحال نكون قد جوزنا بيع ما ليس عند البائع في الصورة التي تؤدي إلى عدم القدرة على التسليم المؤدية إلى الغرر، ولهذا اشترطنا التأجيل ليخف الغرر.

• • •

(١) انظر ص٣٣٨.

المبحث الثاني

الاستصناع[١]

تعريفه ومشروعيته:

الاستصناع لغة: طلب الصنعة، واصطلاحا: عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها، وذلك كأن يتفق شخص مع نجار على أن يصنع له دولاباً مثلا.

فالاستصناع عقد لا عدة[٢]، وهو بيع[٣]، والمعقود عليه العين لا عمل الصانع[٤]، والاستصناع، كما هو واضح، عقد على معدوم، فالقياس، على رأي جمهور الفقهاء، منعه، ولكنه جاز استحساناً لتعامل الناس به في جميع العصور من

(١) أتكلم عن الاستصناع على أساس المذهب الحنفي، لأنه المذهب الوحيد الذي فصل القول فيه تفصيلاً، وأشير في أثناء الحديث إلى المذاهب التي تعرضت له.

(٢) قال بعض فقهاء الحنفية: هو عدة لا عقد. ابن عابدين ٤:٢٩٥، وهو مذهب الزيدية. البحر الزخار ٣:٢٩٨. ويسميه صاحب البحر الاصطناع.

(٣) وقال بعض العلماء: هو إجارة ابتداء بيع انتهاء. ابن عابدين ٤:٢٩٥.

(٤) وقال البردعي من فقهاء الحنفية: المعقود عليه عمل الصانع. ابن عابدين ٤:٢٩٦، وهو ما مشى عليه الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور في كتابه المدخل للفقه الإسلامي ص ٥٧٧، الطبعة الثانية، هامش.

غير نكير، فكان إجماعاً منهم على الجواز[1]، كما يقول الكاساني[2].

وأرى أن الاستصناع وإن كان بيع معدوم إلا أنه بيع معدوم محقق الوجود في العادة فلا غرر فيه، لا سيما على الرأي الذي يجعله عقداً لازماً، ما دام الشيء المصنوع على الصفة المطلوبة، كما سنرى، فهو إذن جائز قياساً، لأنه عقد معاوضة خال من الغرر.

شروطـه:

ويشترط في الاستصناع ما يشترط في البيع من العلم بالمحل، فلا بد من بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه مبيع فلا بد من أن يكون معلوماً، لينتفي عنه الغرر.

كما يشترط أن يكون فيما للناس فيه تعامل، كالأحذية، والأواني: فإن كان فيما لا يجري تعامل الناس باستصناعه كان سلماً، واشترط فيه جميع شروط السلم.

ويشترط أبو حنيفة في الاستصناع ألا يكون مؤجلاً إلى أجل يصح معه السلم فإن أجل إلى أجل يقبل في السلم كان سلماً، واشترط فيه ما يشترط في السلم؛ وذلك لأن الأجل في المبيع من خصائص السلم، فذكره يكون ذكراً للسلم وإن لم يذكره صراحة، ولأن اعتباره سلماً أولى، لأن جواز السلم بإجماع لا شبهة فيه، وفي الاستصناع نوع شبهة. وقال الصاحبان: لا يخرج الأجل الاستصناع عن حقيقته، فيبقى استصناعاً، ويحمل الأجل على الاستعجال.

(١) ينص الحنابلة على عدم جواز الاستصناع لأنه من بيع ما ليس عند الإنسان وهو لا يجوز إلا في السلم. الفروع ٢:٤٥٨.

(٢) البدائع ٥:٢ و ٢٠٩.

حكمـه:

الاستصناع عقد غير لازم بالنسبة للمستصنع، فله أن يفسخ العقد في أي وقت شاء قبل الرؤية، وله فسخه عند الرؤية، لأنه مشتر لما لم يره فيكون له خيار الرؤية.

أما الصانع فله الخيار قبل الشروع في العمل وبعده ما دام الشيء المصنوع في يده لم يقدمه للمستصنع، فإذا قدمه سقط خياره وبقي خيار المستصنع، وذلك لأن المعقود عليه العين لا العمل كما قلنا، فلا يصح جبر الصانع على العمل، أما إذا صنعه وقدمه للمستصنع فقد تعين محلا للعقد.

وذهب بعض الحنفية إلى أن الصانع لا خيار له، ويجبر على المضي في العمل، وأن الخيار للمستصنع وحده؛ لأن الصانع بائع ولا خيار للبائع إذا باع ما لم يره، وقال الزيلعي: إن هذا هو الصحيح. وروى عن أبي يوسف أنه لا خيار لواحد منهما[1].

والعمل برأي أبي يوسف أولى من العمل بالرأيين الصحيحين في المذهب في نظري؛ لأنه لا ضرر فيه على المتعاقدين، وهو أبعد عن الغرر، وذلك لأنه في حالة ثبوت الخيار لا يدري كل من الصانع والمستصنع هل يتم العقد أم لا، وهذا غرر يمكن تجنبه بجعل العقد لازماً إلا إذ قدم الصانع شيئاً مخالفاً للوصف فيثبت للمشتري الخيار لفوات الوصف.

الاستصناع في القانون[2]

عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي يقابله في القانون المصري عقد المقاولة

(١) ابن عابدين ٤:٢٩٤–٢٩٦، والبدائع ٥:٢٠٩–٢١٠، والزيلعي ٤:١٢٤ ولكن يفهم من تحرير ابن عابدين أن الرواية التي عند أبي يوسف خاصة بما إذا قدم الصانع المصنوع للمستصنع على الصفة المشروطة .

(٢) المراجع : مجموعة الأعمال التحضيرية ٥:٧ وا بعدها ، والوسيط للدكتور السنهوري ٧:٥ وما بعده، والعقود المسماة لمحمد كامل مرسي ٤:٤٧١ وما بعدها .

في الحالة التي يتعهد فيها المقاول بصنع شيء على أن تكون المادة منه، فعقد المقاولة قد يتعهد فيه المقاول بصنع شيء على أن يقدم رب العمل له المادة، ويقوم هو بالعمل فقط، وقد يتعهد فيه بالعمل والمادة معاً[1] فالعقد في الصورة الأولى إجارة في الفقه الإسلامي، وفي الصورة الثانية استصناع.

وقد اختلف فقهاء القانون في تكييف الاستصناع، فذهب بعضهم إلى أنه عقد بيع واقع على شيء مستقبل، وهذا الرأي متفق مع مذهب الحنفية.

وقال آخرون: هو عقد مقاولة واقع على العمل، والمادة ليست إلا تابعة للعمل، إذ أن تملك رب العمل للشيء المصنوع ليس إلا نتيجة لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل، وهذا الرأي متفق مع رأي البردعي من فقهاء الحنفية.

وقال فريق ثالث: إن العقد يكون مقاولة إذا كانت قيمة العمل تفوق كثيراً قيمة المادة، ويكون بيعاً إذا كانت قيمة المادة تفوق كثيراً قيمة العمل وإذا لم يكن الفرق كبيراً بين القيمتين كان العقد مزيجاً من بيع ومقاولة، فيقع البيع على المادة، والمقاولة على العمل، وتسري أحكام البيع على المادة، وأحكام المقاولة على العمل. وهذا توفيق بين الرأيين السابقين.

وهناك رأي رابع يقول بأن الاستصناع يكون عقد مقاولة قبل أن يتم صنع الشيء المطلوب، فإذا ما تم صنعه، وسلم إلى رب العمل انقلب بيعاً، وهذا الرأي

---

(١) هذا هو ما يستفاد من المادة (٦٤٦) و (٦٤٧) وها هو نصهما:
المادة (٦٤٦): المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر.
المادة (٦٤٧): يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله، على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً.

يشبه قول بعض العلماء: إن عقد الاستصناع إجارة ابتداء، بيع انتهاء.

والاستصناع عقد ملزم للطرفين في القانون، وهذا موافق لرأي أبي يوسف، ولكن مع ذلك فقد نصت المادة (٦٦٣) على أن: «لرب العمل أن يتحلل من العقد، ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أتم العمل».

فهذه المادة تجعل لرب العمل ــ دون المقاول ــ أن يتحلل بإرادته المنفردة من عقد الاستصناع، لأي سبب يراه، بشرط أن يكون ذلك قبل أن يتم المقاول العمل، وبشرط ألا يكون هناك اتفاق على عدم جواز التحلل من العقد، وعلى رب العمل في حالة تحلله من العقد أن يعوض المقاول ما تكلفه من نفقات وما فاته من كسب.

وهذا الحكم يجعل لرب العمل فضلاً على المقاول، فإن المقاول لو رجع في العقد كان لرب العمل حسب القواعد العامة أن يطالبه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض. أما المقاول فليس له أن يطالب رب العمل في حالة رجوعه إلا بالتعويض، وقد قيل في تبرير هذا الحكم: إن المقاول لا مصلحة له في التنفيذ العيني، وإنما مصلحته في أن ينال تعويضاً كاملاً، فلهذا منعه القانون من طلب التنفيذ العيني وجعل له الحق في طلب التعويض بما يحقق مصلحته، أما رب العمل فله مصلحة محققة في إتمام العمل، ولهذا لم يجعل القانون للمقاول حق الرجوع، فإذا رجع كان لرب العمل إجباره على المضي في العمل.

• • •

المبحث الثالث

الإجـــــــارة

تعريفها ومشروعيتها:

الإجارة هي: تمليك المنافع بعوض[1]، فهي نوع من البيع، المبيع فيه المنفعة، ولكنها أعطيت اسماً خاصاً، كما سمي السلم باسم خاص[2].

وقال ابن حزم: الإجارة ليست بيعا لأنها تجوز فيما لا يجوز بيعه كالحر ولأنها الانتفاع بمنافع الشيء المؤجر التي لم تخلق بعد، ولا يحل بيع ما لم يخلق[3].

والإجارة مشروعة بالكتاب والسنة:

أما الكتاب فقوله تعالى: **﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن**

(١) تنوير الأبصار مع ابن عابدين ٥: ٢.

(٢) المغني ٥: ٣٩٨، وانظر القياس لابن تيمية ص ٢١ و ٢٣، والإجارة والكراء: معناهما واحد، غير أن بعض الفقهاء اصطلحوا على تسمية العقد على منافع الآدمي وما ينقل غير السفن والحيوان إجارة، والعقد على منافع ما لا ينقل كالأرض والدور وما ينقل من سفينة وحيوان كراء في الغالب. الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٢.

(٣) المحلى ٨: ١٨٣.

تأجرني ثماني حجج﴾[1]، وقوله: **﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾**[2].

وأما السنة، فما أخرجه البخاري عن عائشة قالت: استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الديل هاديا خريتا[3]، وهو على دين كفار قريش، فأمناه، فدفعا إليه راحلتيهما وواعداه غارثور بعد ثلاث ليال إلخ...[4] وغيره من الأحاديث.

وقد اتفق الفقهاء على جوازها إلا ما حكى عن الأصم[5]، وابن علية[6]، والحسن البصري، والقاشاني، والنهرواني، وابن كيسان[7] من أنهم لا يجيزونها، وحجتهم أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين، كما هو الحال في الأعيان المحسوسة، والمنافع في الإجارة في وقت العقد معدومة، فكان ذلك غرراً، ومن بيع ما لم يخلق[8].

وقد رد ابن رشد هذه الحجة رداً يتفق اتفاقاً كاملاً مع ما قررته في الكلام عن بيع المعدوم أنقله بنصه: قال ابن رشد: «ونحن نقول إنها، أي المنافع، وإن كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفى في الغالب، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء»[9]، ثم إن

(١) سورة القصص: الآية ٢٧.

(٢) سورة الطلاق: الآية ٦.

(٣) الخريت الماهر بالهداية.

(٤) صحيح البخاري ٣: ٨٨.

(٥) بداية المجتهد ٢: ٢٢٠، والمغني ٥: ٣٩٧، والبحر الزخار ٤: ٢٩.

(٦) بداية المجتهد ٢: ٢٢٠، والمحلى ٨: ١٨٢، والبحر الزخار ٤: ٢٩.

(٧) البحر الزخار ٤: ٢٩.

(٨) بداية المجتهد ٢: ٢٢٠، وانظر أيضاً البدائع ٤: ١٧٣.

(٩) بداية المجتهد ٢: ٢١٠.

حاجة الناس إلى الإجارة كحاجتهم إلى البيع، والعقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها؛ لأنها تتلف بمضي الساعات، فلا بد إذن من العقد عليها قبل وجودها كالسلم في الأعيان[1]. ولا عبرة بخلاف هؤلاء لصحة الإجماع قبلهم[2].

أثر الغرر في الإجارة:

يؤثر الغرر في الإجارة كما يؤثر على البيع، فلا يصح تعليقها، كما لا يصح تعليق البيع[3]، غير أن الإجارة تختلف عن البيع في أنها تصح مضافة إلى الزمن المستقبل عند جمهور الفقهاء[4] على عكس ما تقدم في البيع من أنه لا يصح مضافاً، لما في ذلك من الغرر، ولاعتبارات أخرى[5].

وإنما صحت الإجارة مع الإضافة، لأنها لا يمكن التمليك فيها في الحال، فهي عقد على المنفعة، والمنفعة لا توجد دفعة واحدة، فالإضافة تتفق مع حقيقة الإجارة، بخلاف البيع فإنه يمكن فيه التمليك في الحال فلا حاجة إلى إضافته؛ ولهذا لم تصح[6].

وجوز الشافعية الإضافة في الإجارة الواردة على الذمة[7]، كأن يقول شخص لآخر: ألزمت ذمتك حمل هذا المتاع إلى مكة غرة شهر رمضان؛ لأن الدين يقبل

(١) المغني ٥:٣٩٨.
(٢) البحر الزخار ٤:٣٠.
(٣) ابن عابدين ٤:٣١٠، والفروق: الفرق الخامس والأربعون ١:٢٢٩، والبحر الزخار ٤:٣٤، ومغني المحتاج ٣:٣٣٨.
(٤) ابن عابدين ٤:٣٣٣، ونقل ابن عابدين عن جامع الفصولين أن في جواز إضافة الإجارة خلافاً، والمختار أنها تجوزه. المغني ٥:٤٠٠، وبداية المجتهد ٢:٢٢٦.
(٥) انظر ص١٦٦-١٦٩.
(٦) ابن عابدين ٤:٣٢٤.
(٧) الإجارة عند الشافعية قسمان: إجارة واردة على عين كإجارة دابة معينة وإجارة واردة على الذمة، كاستئجار دابة موصوفة لحمل مثلاً، وكإلزام ذمة شخص عملاً معيناً.

التأجيل، ومنعوها في الإجارة الواردة على العين، كما لو قال: أجرتك هذه الدار سنة تبدأ من الغد، لأن الأعيان لا تقبل التأجيل، يستثنى من هذا ما لو أجرت العين لمستحق منفعتها قبل انتهاء مدتها مدة أخرى تبدأ بعد إنتهاء المدة الأولى مباشرة، كما لو كانت الدار مؤجرة لشخص مدة سنة، أو موصي له بمنفعتها سنة، فاستأجرها من مالك الرقبة سنة أخرى قبل انقضاء السنة الأولى فإن الإجارة تجوز على الأصح؛ لأنها تكون كما لو أجر السنتين من أول الأمر[1]، ومنع الظاهرية أيضاً الإضافة في الإجارة، لما في التأخير من الغرر[2].

هذا بالنسبة للغرر في الصيغة، أما بالنسبة للغرر في محل العقد فلا فرق بين البيع والإجارة في الجملة؛ ولهذا يشترط في محل الإجارة ما يشترط في محل البيع، فلا بد من أن تكون الأجرة والمنفعة معلومتين، لأن جهالتهما تفضي إلى الغرر[3]، وقد جاء في حديث أبي سعيد أن النبي ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره[4].

ويقول الإمام مالك: الأجير لا يستأجر إلا بشيء مسمى، لا تجوز الإجارة إلا بذلك، وإنما الإجارة بيع من البيوع، إنما يشتري منه عمله، ولا يصلح ذلك إذا دخله غرر؛ لأن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر[5] والعلم بالمنفعة يختلف باختلاف نوعها واختلاف العين المستأجرة[6].

(١) مغني المحتاج ٢:٣٣٨.
(٢) المحلى ٨:١٨٤، وانظر آخر الصفحة.
(٣) جامع الفصولين ٢:٣٣، والقوانين الفقهية ص ٢٦٥، والشرقاوي على التحفة ٢:٨٥، والمغني ٥:٤٠٤، والبحر الزخار ٤:٣٤ و ٥١، والمحلى ٨:١٨٣.
(٤) نيل الأوطار ٦:٣٣.
(٥) الموطأ بهامش المنتقى ٥:١٢٦.
(٦) بداية المجتهد ٢:٢٢٦، والمهذب ١:٤٠١، والبحر الزخار ٤:٣١ و ٣٩ ــ ٤٥، والمغني ٥:٤٠٢ و ٤١٢ و ٤٢٢ و ٤٤١ و ٤٦٧، والبدائع ٤:١٧٩ وما بعدها.

ويشترط العلم بالأجل في الإجارة المؤجلة، فلا تصح الإجارة مع جهالة الأجل، على نحو ما تقدم في البيع[1].

وخالف ابن حزم جمهور الفقهاء هنا في التأجيل نفسه فقال: لا يجوز اشتراط التأجيل مطلقاً، لا في الأجرة، ولا في الشيء المستأجر، ولا في العمل المستأجر له طرفة عين، لأنه شرط ليس في كتاب الله، أما إن كان التأخير بلا شرط فلا بأس[2].

ولا بد من أن يكون محل الإجارة مقدوراً على تسليمه، فلا تجوز إجارة متعذر التسليم حسا، كإجارة البعير الشارد، أو شرعا، كإجارة الحائض لكنس المسجد، والطبيب لقلع سن صحيح، والساحر على تعليم السحر[3].

ويشترط في محل الإجارة ألا يكون مجهول الوجود، كما تقدم في البيع، فلا تصح الإجارة بما تلده هذه الناقة، أو بما تثمره هذه الشجرة، ونحو ذلك؛ لما فيه من الغرر، غير أن الظاهرية يجوزون الاستئجار بكل ما يحل ملكه، وإن لم يحل بيعه، ولهذا فقد جوزوا أن تكون الأجرة ثمرة قد ظهرت، ولم يبد صلاحها؛ لأن الحديث نهى عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، «وقياس الإجارة على البيع باطل، لو كان القياس حقا، فكيف وهو كله باطل» كما يقول ابن حزم[4].

ويختلف الفقهاء في تأثير عدم رؤية العين المستأجرة في صحة الإجارة كما يختلفون في تأثيره على البيع[5].

---

(١) ابن عابدين ٤: ٣١.

(٢) المحلى ٨: ١٨٣ ـ ١٨٤.

(٣) البحر الزخار ٤: ٣١، وانظر ما تقدم من الأمثلة في ص٣٦٧، وانظر أيضاً البدائع ٤: ١٨٧، والدسوقي على الشرح الكبير ٤: ١٩، وتحفة المحتاج مع حاشية الشرواني ٥: ٢٨٨.

(٤) المحلى ٨: ١٩١ و ١٩٩.

(٥) المهذب ٢: ٤٠٠، والبحر الزخار ٤: ٤٥.

القانـون:

نظرة القانون للغرر بالنسبة للإيجار وسائر عقود المعاوضات هي نظرته له بالنسبة لعقد البيع، فالقواعد العامة التي تطبق على البيع تطبق على العقود الأخرى، إلا إذا أبت طبيعة العقد ذلك.

فعقد الإيجار كالبيع، يصح في القانون إضافته وتعليقه، فالقانون يتفق مع الفقه الإسلامي، على رأي الجمهور، في جواز إضافة الإجارة، ويختلف معه في جواز تعليقها.

ويشترط القانون في الشيء المؤجر أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، وكذلك الحال بالنسبة للأجرة، غير أن المتعاقدين إذا لم يتعرضا لتحديد الأجرة لا يبطل الإيجار، وإنما يجب أجر المثل، فقد جاء في المادة (٥٦٢) ما يأتي:

«إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها، أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة وجب اعتبار أجرة المثل».

ومدة الإجارة لا بد أن تكون معينة كما يستفاد من تعريف الإيجار[1]، غير أن عدم تعيين المتعاقدين للمدة لا يبطل العقد، لأن القانون تكفل بتحديدها في المادة (٥٦٣) التي تنص على أنه: «إذا عقد الإيجار دون اتفاق على مدة أو عقد لمدة غير معينة، أو تعذر إثبات المدة المدعاة، اعتبر الإيجار منعقداً للفترة المعينة لدفع الأجرة...»[2].

---

(١) الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معين: المادة (٥٥٨).

(٢) انظر تفصيل ما تقدم في الوسيط للدكتور السنهوري ٦: ٨٧ ـ ٨٩، ١٢٦ ـ ١٢٨ و ١٤٠ ـ ١٧١، وعقد الإيجار للأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٨٢ ـ ٨٥، ٨٨ ـ ٩٢، و ٩٤ ـ ١٠١، وشرح العقود المدنية للأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي ١: ٣٦٩ ـ ٢٧٢، و ٣٩٤ ـ ٤٠٥.

هذا بالنسبة للإجارة بصفة عامة.

ونذكر فيما يلي بعض أنواع الإجارات؛ لنتبين منها مدى اختلاف الفقهاء في تطبيق قاعدة أثر الغرر في الإجارة.

بعض أنواع الإجارات

١ ـــ إجارة الأرض

اختلف الفقهاء في جواز إجارة الأرض، فقال بعضهم: لا تجوز إجارة الأرض مطلقاً، لا بالدراهم والدنانير، ولا بغيرها، ولا يجوز في الأرض إلا المزارعة والمغارسة، أي أن يعطي صاحب الأرض أرضه لمن يزرعها بجزء مسمى مما يخرج منها، النصف أو الثلث، أو الربع، وهذا هو مذهب ابن حزم وقال: إنه رأى جابر، ورافع بن خديج، وابن عمر، وطاوس، ومجاهد، والحسن، وعطاء، ومسروق، والشعبي، وابن سيرين، والقاسم بن محمد[١]، وقال جمهور الفقهاء: إجارة الأرض جائزة، ولكنهم اختلفوا فيما تجوز إجارتها به، فقال قوم: تجوز إجارة الأرض بكل شيء إلا بما يخرج منها، فتجوز إجارتها بالدراهم والدنانير، وغيرها، ولا تجوز فيها المزارعة على عكس رأي الظاهرية، وهذا هو رأي أبي حنيفة[٢]، وظاهر قول مالك في الموطأ[٣]، وهو مذهب الشافعي، والشيعة الزيدية[٤]، وقول سالم بن عبد الله[٥].

وقال قوم: تجوز إجارتها بكل شيء إلا بما ينبت فيها، وإلا الطعام وإن

---

(١) المحلى ٨:١٩، و٢١١ و ٢١٣،

(٢) ابن عابدين ٥:٢٤ و ٢٣٩.

(٣) بداية المجتهد ٢:٢٢١

(٤) البحر الزخار ٤:٣٨ و ٥١.

(٥) بداية المجتهد ٢:٢٢١.

لم يكن خارجا منها، وهو مذهب مالك وأكثر أصحابه[١].

وقال قوم: تجوز إجارتها بكل شيء، ولو كان جزءاً مما يخرج منها، وهو رأي أبي يوسف ومحمد[٢]، ومذهب أحمد[٣]، وقول الثوري، والليث، والأوزاعي، وابن أبي ليلى[٤]. وأخذ به بعض الأندلسيين مخالفين لمالك[٥].

وقال آخرون: تجوز إجارتها بالدراهم والدنانير خاصة، ولا تجوز بغيرها، وهو رأي ربيعة، وسعيد بن المسيب[٦].

وسبب هذا الاختلاف بين الفقهاء أنه قد وردت أحاديث كثيرة في كراء الأرض، وفي المزارعة، والمخابرة، والمحاقلة، فتباينت وجهات النظر في فهم تلك الأحاديث والعمل بها، وتمسك كل فريق بما رجح عنده[٧].

وتمسك المانعون لإجارة الأرض، زيادة على تمسكهم بعموم الأحاديث التي تنهى عن كراء الأرض، بأن في إجارة الأرض بأجر يلتزم به المستأجر غرراً؛ لأنه

---

(١) بداية المجتهد ٢:٢٢١، وجاء في ص ٢٢٢ أن هذا قول مالك، وكل أصحابه. وانظر القوانين الفقهية ص ٢٦٨.

(٢) ابن عابدين ٥:٢٣٩.

(٣) المغني ٥:٣٨٢ و ٣٩٤ ـــ ٣٩٦، المنصوص عن أحمد جواز إجارة الأرض بجزء مشاع مما يخرج منها وهو قول أكثر أصحابه، واختار أبو الخطاب عدم الجواز، قال ابن قدامة: وهو الصحيح.

(٤) بداية المجتهد ٢:٢٢١.

(٥) القوانين الفقهية ص ٢٦٨.

(٦) بداية المجتهد ٢:٢٢١، وفي القوانين الفقهية أن سعيداً يجوز كراء الأرض بجزء مما يخرج منها.

(٧) انظر بداية المجتهد ٢:٢٢١ ـــ ٢٢٣، والمغني ٥:٣٨٣ ـــ ٣٨٧، والمحلى ٨:١١١ ـــ ٢٢٤.

قد يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق فيكون المستأجر قد دفع ماله ولم ينتفع بشيء[1].

وتمسك من منع إجارتها بنسبة معينة مما يخرج منها، بأن الأجرة مجهولة؛ لأن ما تخرجه الأرض غير معلوم الصفة، ولا القدر، ولا مرئي[2]، وفي هذا غرر يمكن تجنبه بكراء الأرض بأجر معلوم.

يقول الإمام مالك في ذلك: «فأما الرجل يعطي أرضه البيضاء بالثلث أو الربع مما يخرج منها، فذلك مما يدخله الغرر؛ لأن الزرع يقل مرة، وربما هلك رأساً، فيكون صاحب الأرض قد ترك كراء معلوماً يصلح له أن يكرى أرضه به، وأخذ أمراً غرراً لا يدري أيتم أم لا، فهذا مكروه. وإنما مثل ذلك مثل رجل استأجر أجيراً لسفر بشيء معلوم ثم قال الذي استأجر الأجير: هل لك أن أعطيك عشر ما أربح في سفري هذا إجارة لك؟ فهذا لا يحل ولا ينبغي»[3].

فالإمام مالك لا يرى في كراء الأرض للزرع بأجر معلوم غرراً، ويرى في المزارعة غرراً مانعاً من صحة العقد، والحق أن في كل منهما غرراً، في الكراء غرر كما يقول المانعون للكراء، وفي المزارعة غرر كما يقول مالك، والمزارعة في رأيي أبعد عن الغرر من الكراء؛ لأن المتعاملين في المزارعة إما أن يغنما معا، أو يغرما معا، وهذا أعدل من أن يحصل أحدهما على شيء مضمون، ويبقى الآخر تحت الخطر.

وقد استعرضت كل الأحاديث الواردة في هذا الموضوع[4]، وخرجت منها

(١) بداية المجتهد ٢:٢٢١.
(٢) المنتقى على الموطأ ٥:١٣٣، والبحر الزخار ٤:٥١، والمغني ٤:٣٩٦.
(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٥:١٣٢.
(٤) انظر هذه الأحاديث في منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦:٧ وما بعدها.

بأن إجارة الأرض جائزة بكل شيء من الدراهم والدنانير وغيرها، وجائزة أيضاً بنسبة معينة مما يخرج منها، وهي المزارعة؛ وأن المزارعة أولى من إجارة الأرض للزرع، وأن الإجارة الممنوعة التي ورد النهي عنها هي ما كانت الأجرة فيها ما ينبته جزء معين من الأرض المستأجرة، أو كانت الأجرة فيها نسبة معينة على أن يكون لصاحب الأرض نصيب مستثنى لا يشاركه فيه المستأجر، وذلك لأن هذا النوع من المعاملة في زراعة الأرض فيه غرر ظاهر، وقد كان متعارفاً عندهم، فنهاهم النبي ﷺ عنه، بل جاء في بعض الروايات أنهم ما كانوا يكرون الأرض إلا على هذا النحو.

وهذا الرأي الذي رجحته هو الذي يحصل به التوفيق بين الأحاديث جميعها، ويتفق مع نظرية الغرر، وهو رأي رافع بن خديج راوي حديث النهي عن كراء الأرض.

٢ ـ المزارعة

يستفاد من الأحكام التي ذكرتها في إجارة الأرض أن المزارعة، وهي عقد بين مالك الأرض ومزارع على أن يزرعها بنسبة معينة من الخارج منها، أو بعبارة أخرى، إجارة الأرض ببعض الخارج منها، لا تجوز عند كثير من الفقهاء، منهم أبو حنيفة، والمالكية، والشافعية، وكرهها عكرمة، ومجاهد، والنخعي[1]، وتجوز عند الصاحبين وابن أبي ليلى، والحنابلة، وقد زارع جماعة من الصحابة، بل إن ابن قدامة ذكر أن الصحابة أجمعت على العمل بها[2].

والفتوى في مذهب الحنفية على رأي الصاحبين، وجاء في ابن عابدين أن

(١) المغني ٥:٣٨٣.
(٢) المغني ٥:٣٨٢.

الإمام أبا حنيفة فرع مسائل كثيرة من المزارعة على قول من جوزها، لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله[1].

وقد نص القانون المصري على جواز المزارعة، سواء كانت في أرض خالية من الشجر، أو في أرض عليها شجر، فقد جاء في المادة (٦١٩) من التقنين المدني المصري ما يأتي: «يجوز أن تعطى الأرض الزراعية والأرض المغروسة بالأشجار مزارعة للمستأجر في مقابل أخذ المؤجر جزءاً معيناً من المحصول».

٣ ــ المساقاة

تعريفها ومشروعيتها:

المساقاة عقد على دفع الشجر إلى من يقوم عليه نظير حصة شائعة معينة من الثمر، فالمساقاة تشبه المزارعة، في أن الأجرة في كل منهما نسبة معينة من الغلة، غير أن المزارعة تكون في الأرض، والمساقاة تكون في الشجر، ولذا قال الفقهاء: إن كلا من المزارعة والمساقاة إجارة في الابتداء، وشركة في الانتهاء.

وقال ابن حزم: ليست المزارعة، ولا إعطاء الثمر ببعض ما يخرج منه إجارة، جرياً على مذهبه من أن التسمية إنما هي لرسول الله ﷺ عن ربه، ولهذا لم يشترط فيهما ما يشترط في الإجارة كما سنرى[2].

ويقول ابن تيمية: إن المزارعة، والمساقاة من جنس المشاركة، لا من جنس الإجارة التي هي معاوضة محضة، ومن هنا لم يوافق على ما ذهب إليه كثير من الفقهاء من قياسهما على الإجارة الخاصة، ومنعهما للغرر الناشىء عن جهالة العوض، أو تجويزهما للحاجة، استثناء من الإجارة المجهولة، ويرى ابن تيمية: أن المزارعة والمساقاة جائزتان قياساً، لا استثناء من تحريم بيع الغرر؛ لأن الغرر

(١) ابن عابدين ٥: ٢٣٩.
(٢) المحلى ٨: ٢٣٠.

إنما حرم بيعه في المعاوضة؛ لأنه أكل مال بالباطل، وفي المزارعة والمساقاة لا يأكل أحدهما مال الآخر، لأنه إذا لم ينبت الزرع، فانه لا يحصل إحدهما على شيء بخلاف بيع الغرر، وإجارة الغرر، فإن أحد المتعاقدين يأخذ شيئاً، والآخر يبقى تحت الخطر، فيفضي إلى ندم أحدهما وخصومتهما، وهذا المعنى منتف في هذه المشاركة التي مبناها على المعادلة المحضة التي ليس فيها ظلم ألبتة، لا في غرر، ولا في غير غرر[1].

والمساقاة جائزة عند جمهور الفقهاء[2]؛ لتعاقد النبي ﷺ مع أهل خيبر على أن يكفوه العمل، ولهم نصف الثمرة[3]، ولأن فيها دفعا لحاجة صاحب الشجر العاجز عن عمارته، وحاجة من لا شجر له وهو محتاج إلى الثمر[4]، ومنع أبو حنيفة المساقاة كما منع المزارعة، لأنها إجارة بأجرة مجهولة[5]، ومنعها أيضاً الزيدية[6].

وهي عند الجمهور مستثناة بالسنة من الإجارة المجهولة، ومن بيع ما لم يخلق[7].

ويفرق الإمام مالك بين المساقاة في النخل، والمساقاة في الأرض البيضاء

(١) القواعد النورانية الفقهية ص ١٥٩ ــ ١٨٤، وانظر على الخصوص ص ١٥٩ و ١٦٥ و ١٦٦ و ١٦٩ و ١٨٠ و ١٨٣ و ١٨٤.
(٢) ابن عابدين ٥: ٢٤٨، وبداية المجتهد ٢: ٢٤٤، والمغني ٥: ٦٣٠، والمحلى ٨: ٢٢٩. ويسميها ابن حزم: المعاملة في الثمار.
(٣) انظر الموطأ ٥: ٣٦٠، ومنتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦: ٧، والخراج لأبي يوسف ص ٨٨ ــ ٩١.
(٤) المغني ٥: ٣٦١.
(٥) ابن عابدين ٥: ٢٤٨، والخراج لأبي يوسف ص ٨٨.
(٦) البحر الزخار ٤: ٦٨.
(٧) بداية المجتهد ٢: ٢٤٤.

ـ المزارعة ـ حيث جازت الأولى، ولم تجز الثانية، بأن صاحب النخل لا يقدر على أن يبيع منفعتها المقصودة منها، وهي الثمرة على الوجه المعتاد ما لم يبد صلاحها؛ ولهذا جوز له أن يتعامل فيها بالمساقاة، أما صاحب الأرض البيضاء فإنه يقدر على بيع منفعتها المقصودة منها، وهي الزراعة فيها، بأن يكريها بالدراهم والدنانير وما أشبه ذلك، وهي أرض بيضاء، فلهذا لم يجز له أن يساقي عليها(١).

ويشترط في المساقاة خلوها من الغرر كالإجارة، والبيع، فلا بد فيها من العلم بالشجر المساقى عليه، فإن ساقاه على شجر مجهول لم يصح كالبيع(٢).

ويشترط في المساقاة أن تكون مدتها معلومة، غير أن الظاهرية قالوا: لا يحل عقد المساقاة والمزارعة إلى أجل مسمى، فلا بد عندهم من أن يكون العقد مطلقاً غير مؤقت؛ لأن الرسول تعاقد هكذا مع أهل خيبر(٣)، وقال الجمهور: لا يجوز أن تكون المساقاة غير مؤقتة، لما في ذلك من الغرر(٤)، وأجازها أبو ثور وبعض أهل الكوفة من غير ذكر مدة، وتقع على سنة واحدة؛ لأن اشتراط جزء من الثمرة دليل على إرادة مدة تحصل فيها الثمرة(٥).

٤ ـ المعاملة في الأرض والشجر معاً

إذا كان في الأرض شجر وبينه بياض أرض، فإن التعامل فيها يمكن أن يتخذ أحد الأشكال الآتية:

١ ـ المساقاة على الشجر، والمزارعة في الأرض التي بينه، وهذه معاملة

(١) الموطأ مع المنتقى ٥: ١٣٢ ـ ١٣٤.
(٢) المغني ٥: ٣٦٨.
(٣) المحلى ٨: ٢٢٥ و ٢٣٢.
(٤) بداية المجتهد ٢: ٢٤٩، والمغني ٥: ٣٧٣.
(٥) المغني ٥: ٣٧٣.

جائزة عند من يجوز المزارعة والمساقاة(١).

٢ ـ المساقاة على الشجر وإجارة الأرض، وهذه معاملة جائزة أيضاً عند من يجوز المساقاة وإجارة الأرض(٢).

٣ ـ إجارة الأرض والشجر معا، أي أن يكون للمستأجر حق الانتفاع بالأرض بزراعتها، وبالشجر بأخذ ثمره.

اختلف الفقهاء في جواز هذه المعاملة، فقال الحنفية: لا يجوز ذلك مطلقاً لأن الثمر عين لا يجوز استحقاقه بالإجارة(٣)، وقال الشافعية: إذا كان الثمر قد بدا صلاحه فلا بأس بذلك، أما إذا لم يبد صلاحه فلا يجوز؛ لأن الإجارة انعقدت عقدة واحدة على حلال ومحرم، فالحلال الكراء، والحرام ثمر النخلة، فإنه في حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها(٤).

وفرق المالكية بين الشجر القليل والكثير، فقالوا: إن كان الشجر قليلاً بحيث يشغل ثلث الأرض فأدنى، فالإجارة صحيحة، أما إن كان الشجر يشغل أكثر من الثلث فالإجارة فاسدة(٥). وذكر أبو عبيد: أن المنع من إجارة الأرض التي فيها شجر كثير إجماع(٦).

والمشهور من مذهب أحمد عدم الجواز، وفي المذهب قول بالجواز إذا كان البياض الثلثين فأكثر، كرأي المالكية.

(١) المغني ٥: ٣٨٧.
(٢) المصدر السابق ص ٣٨٨.
(٣) المبسوط ١٦: ٣٢.
(٤) الأم للشافعي ٣: ٢٤٤.
(٥) المدونة ١١: ١٩٦
(٦) القواعد النورانية الفقهية ص ١٤٠.

ويرى ابن عقيل جواز استئجار الأرض التي فيها شجر، ودخول الشجر في الإجارة مطلقاً، وحجته أن إجارة الأرض جائزة، ولا يمكن إجارتها إذا كان فيها شجر إلا بإجارة الشجر؛ لأن المستأجر لا يتبرع بسقي الشجر وقد لا يساقى عليها، وما لا يتم الجائز إلا به فهو جائز، فتكون إجارة الشجر جائزة تبعاً لإجارة الأرض، كما جوز المزارعة بعض من يمنعها إذا كانت تبعاً للمساقاة[1].

وهذه الصورة من المعاملة هي ـ عند جمهور الفقهاء ـ إجارة، وبيع: إجارة للأرض البيضاء، وبيع للثمر، ومن هنا جاء منعها، لأنها تدخل في بيع الغرر، فهي من بيع الثمر قبل أن يخلق، ومن بيع السنين، ولهذا أجازها الشافعي إذا كان الثمر قد بدا صلاحه.

رأي ابن تيمية:

تناول ابن تيمية هذه المسألة بالبحث في فصل طويل[2] وقال: إنها مما عمت به البلوى في كثير من بلاد الإسلام، أو أكثرها لا سيما دمشق، وأيد الرأي القائل بالجواز، وقال: «إن هذا القول كالإجماع من السلف، وإن كان المشهور عن الأئمة المتبوعين خلافه»[3].

واستدل ابن تيمية لرأيه بما يأتي:

١ ـ ما روى من «أن أسيد بن حضير توفي وعليه ستة آلاف درهم، فدعا عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه سنين وفيها النخل والشجر».

وما فعله عمر أيضاً من ضرب الخراج على أرض السواد وغيرها، فأقر الأرض التي فيها النخل والعنب في أيدي أهل الأرض، وجعل على كل جريب من جرب الأرض السواد والبيضاء خراجاً مقدراً.

(١) القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٨ و ١٤٠ و ١٤١.
(٢) انظر القواعد النورانية الفقهية ص ١٣٧ ـ ١٥٣.
(٣) المصدر السابق ص ١٤٠ و ١٤٣.

فهذه المخارجة تجري مجرى المؤاجرة، لأن الخراج أجرة الأرض، وهذا هو إجارة الأرض التي فيها شجر، وقد أجمع عليه عمر والمسلمون في زمانه وبعده[1].

٢ ـ إكراء الشجر للاستثمار لا يدخل في بيع الثمر قبل أن يخلق، وإنما يجري مجرى إكراء الأرض للازدراع، واستئجار الظئر للرضاع، وذلك أن الفوائد التي تستحق مع بقاء أصولها تجري مجرى المنافع، وإن كانت أعياناً، وذلك كثمر الشجر ولبن الآدميات والبهائم والصوف والماء العذب فإنه كلما خلق من هذه شيء فأخذ خلق الله بدله مع بقاء الأصل كالمنافع سواء فاكتراء الشجر لأن يعمل عليها ويأخذ ثمرها بمنزلة استئجار الظئر لأجل لبنها.

ويفرق ابن تيمية بين بيع الثمر قبل بدو صلاحه المنهى عنه، وكراء الشجر لأجل الثمر، بأنه إذا كان صاحب الشجر هو الذي يسقيها ويتعهدها حتى تصلح الثمرة، فهذا بيع ثمرة محضة، وأما إذا كان المالك يعطي الشجر لمن يحصل ثمرها بعمله وسقيه فهذا كراء للشجر[2].

٣ ـ الحاجة تدعو إلى هذه المعاملة، وفي منعها ضرر شديد وحرج على المسلمين، وهو منتف شرعا، فينبغي أن تجوز هذه المعاملة لأجل الحاجة، وإن كان فيها غرر يسير؛ وذلك لأن إكراء الأرض وحده لا يقع في العادة، وإن وقع كان بنقص كثير عن قيمته، ثم إن الأرض إذا أكريت وحدها، وبقي الشجر لم يكن المكترى مأموناً على الثمر، فيفضي إلى اختلاف الأيدي وسوء المشاركة[3]، ويقول ابن تيمية: إن المانعين من هذا هم بين مرتكب لما يظن أنه حرام، وصابر

(١) المصدر السابق ص ١٤٠ و ١١٤.
(٢) المصدر السابق ص ١٤٩، و ١٥٠.
(٣) المصدر السابق ص ١٤٧، وقارن ما كتبه الشيخ محمد بن يوسف أطفيش في شرح كتاب النيل ٤: ٦٢ ـ ٦٣.

متضرر، ومحتال على الجواز، كما فعل الكوفيون تارة بإجارة الأرض، بجميع الأجرة وإباحة الثمر، وتارة بأن يكريه الأرض بجميع الأرض، ويساقيه على الشجر بالمحاباة، مثل أن يساقيه على جزء من ألف جزء من الثمرة للمالك، وهذا برهان على أن الحاجة ماسة إلى هذه المعاملة.

رأيي:

وأرى جواز هذه المعاملة إذا كان الشجر قليلاً بحيث لا يكون هو المقصود من العقد؛ لأنه إذا كان بهذه المثابة يكون المقصود إجارة الأرض ويكون الشجر تابعاً للأرض، فيكون الغرر الذي فيه مغتفراً، لأنه يغتفر في التابع ما لا يغتفر في الأصل.

أما إذا كان الشجر كثيراً بحيث يكون الثمر هو المقصود لا الأرض، أو يكون كل منهما مقصوداً، فالقياس يقتضي منع هذه الإجارة، لأن الشجر لا يمكن أن يعتبر تابعاً للأرض في هذه الحالة فتئول المسألة إلى بيع الثمر قبل أن يخلق، وفي ذلك غرر كثير يجب تجنبه، ولكن الحاجة تدعو إلى كراء الشجر للثمر، كما دعت إلى كراء الأرض للزرع، فينبغي إذاً أن يجوز كراء الشجر، كما جاز كراء الأرض مع ما يتضمنه من بيع للزرع قبل ظهوره للحاجة، على أني أرى أن الأولى في هذه الحالة هي المساقاة على الشجر، والمزارعة في البياض، وهذا هو ما فعله الرسول ﷺ مع أهل خيبر فإنه أعطاهم الأرض بشطر ما يخرج منها من ثمر، وزرع، ولم يكرها لهم.

٥ ـ الإجارة التي يكون المستحق فيها عيناً

الإجارة كما هو معروف لا تصلح سبباً لتملك الأعيان، ولهذا كانت القاعدة العامة عند الفقهاء أن كل إجارة يكون المعقود عليه فيها عيناً لا تجوز، لأنها تخرج حينئذ من الإجارة إلى البيع، ويجب أن تتوافر فيها شروط البيع، ولكن لهذه

القاعدة استثناءات بعضها متفق عليه، وبعضها مختلف فيه، وسنتكلم فيما يلي عن أربع من هذه المسائل ليتضح لنا تطبيق الفقهاء لهذه القاعدة والمسائل هي:

١ ـ إجارة الظئر
٢ ـ إجارة الغنم للبن.
٣ ـ إجارة الفحل للضراب.
٤ ـ إجارة الشجر للثمر.

١ ـ إجارة الظئر[1]:

أجمع العلماء على جواز استئجار الظئر، لقوله تعالى: **﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾**[2]، وقد استرضع النبي ﷺ لولده إبراهيم[3].

والمعقود عليه في إجارة الظئر اللبن عند أكثر العلماء؛ ولهذا قالوا: إنها جازت استحساناً[4]، أو على سبيل الرخصة[5]؛ لأنها ترد على استهلاك العين.

وقال بعض العلماء المعقود عليه في إجارة الظئر هو خدمة الصبي وحمله، أما وضع الثدي في فمه فيأتي تبعاً، كالصبغ في إجارة الصباغ؛ وكماء البئر في إجارة الدار[6]، وهذه محاولة منهم الغرض منها أن يقولوا إن هذه إجارة على منفعة كسائر الإجارات، وليست إجارة على العين، وهذا، كما يقول ابن تيمية: «مكابرة للعقل والحس»، فإنا نعلم بالاضطرار أن المقصود بالعقد اللبن كما

(١) الظئر: هي المرضعة.
(٢) سورة الطلاق: الآية ٦.
(٣) المغني ٥:٤٥٣، والمحلى ٨:١٨٩، والبحر الزخار ٤:٤٦.
(٤) ابن عابدين ٥:٤٤.
(٥) المغني ٥:٤٥٤، وانظر أيضاً الخرشي ٧:٢١.
(٦) المغني ٥:٤٥٤.

ذكره الله بقوله: ﴿فإن أرضعن لكم﴾[1].

٢ ـ إجارة الشاة للبن:

لا تجوز إجارة الشاة للبن سواء أجرها لشرب لبنها أو ليسترضعها السخالة[2] لأنها «إجارة على إتلاف العين»، كما يقول ابن عابدين؛ ولأن «الإجارة إنما هي في المنافع خاصة لا في تملك الأعيان، وهذا تملك اللبن، وهو عين قائمة فهو بيع لا إجارة، وبيع ما لم ير قط ولا تعرف صفته باطل»، كما يقول ابن حزم؛ ولأنه «بيع معدوم»، كما يقول المرتضى.

ويلاحظ أن ابن عابدين يعلل المنع بأن في هذه الإجارة إتلافاً للعين، وهذا تطبيق حرفي للقاعدة، أما ابن حزم والمرتضى فيعللان المنع بأن هذه الإجارة صارت بيعاً، والمبيع هنا لا يصلح محلاً للبيع.

رأي المالكية:

تقدم في الكلام عن بيع اللبن في الضرع أن المالكية يجوزون بيعه بشروط خاصة تباعد بينه وبين الغرر[3]، أما إجارة الشاة للبنها فلا تجوز، لأن فيه استيفاء عين قصداً[4]، إلا إذا اكترى البقرة تحرث له أو يستقي عليها الأشهر وهي حلوب، واشترط حلابها فقد قال مالك: إن كان قد عرف حلابها فلا بأس[5].

---

(١) القواعد النورانية الفقهية ص١٥٠، وانظر المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور، ففيه بيان حكم التعاقد على لبن المرضع.

(٢) ابن عابدين ٥:٤٤ و٧٨، والمحلى ١٨٩، والبحر الزخار ٤:٣١، والمغني ٥:٤٥٥ و ٥٠١. والسخالة: صغار الغنم.

(٣) انظر ص٢٧٢.

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٤:٢٠، والخرشي ٧:٢٠.

(٥) المدونة ١٠:١٣٠، وقارن المحلى ٨:١٨٩، فقد نسب فيه ابن حزم إلى مالك جواز إجارة القطيع من ذوات اللبن للحلب ومنع إجارة الشاة والشاتين، وشنع عليه في ذلك كعادته،

فالعلة في منع الإجارة ليست الغرر، وإنما هي أن اللبن عين لا يصلح أن يستوفي بالإجارة، وإنما جوز مالك كراء البقرة للحرث، واشتراط حلابها؛ لأن المقصود من الكراء هنا المنفعة، وهي الحرث، واللبن دخل تبعاً، فجاز استيفاؤه بالإجارة؛ لأنه يغتفر في التابع ما لا يغتفر في الأصل، ومع ذلك فقد اشترط مالك معرفة مقدار ما تحلبه البقرة تجنباً للغرر.

٣ ـ إجارة الفحل للضراب:

لا يجوز عند أكثر الفقهاء إجارة الفحل للضراب؛ عملاً بالأحاديث الواردة في النهي عن عسب الفحل[1]؛ لأنها تصدق على البيع والإجارة معاً[2].

وعلل ابن عابدين المنع بأن هذه إجارة على عمل لا يقدر عليه وهو الإحبال[3]، وهذا التعليل يقتضي أن الإجارة لو لم تكن على الإحبال. وإنما كانت على النزو فقط، فلا مانع من ذلك، وعلل ابن قدامة المنع بأن المقصود الماء الذي يخلق منه الولد، فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين مجهولة، فلم يجز كإجارة الغنم لأخذ لبنها[4].

وأجاز المالكية أن يستأجر الرجل الفحل لينزوه على ناقته أكواماً معلومة عددها يسير يمكن أن يتأتى من الفحل في وقت أو أوقات متقاربة، لأن الفحل

ولم أرَ ما نسبه ابن حزم لمالك في كتاب من كتب المالكية، ولعل الأمر اشتبه عليه فخلط بين ما قاله مالك في البيع وما قاله في الإجارة.

(١) انظر ص٢٠٨–٢١٠.

(٢) البدائع ٥:١٣٩، والبحر الزخار ٣:٣١٠، ونيل الأوطار ٤:٢٤٢ و ٦:٣٦، والمحلى ٨:٨١٩٢

(٣) حاشية ابن عابدين ٥:٤٦.

(٤) المغني ٥:٥٠١، ويضيف ابن قدامة: أن ماء الفحل محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة والدم.

معلوم معين، والأكوام معلومة، فليس في هذه الإجارة شيء من الغرر[1] وقد ضعف ابن رشد مذهبهم في هذا، وذلك حيث يقول: « ومن أجازه شبهه بسائر المنافع، وهذا ضعيف، لأنه تغليب القياس على السماع »[2] ولكن الباجي يقول: إن مالكاً تأول الحديث على ما إذا، « أعطى الرجل صاحب الفحل ثمناً على أن يحمل فحله على ناقة المشتري »[3] يريد يحمله على الناقة إلى أن تحمل، وهو تأويل مقبول.

وخرج أبو الخطاب من فقهاء الحنابلة وجهاً بالجواز، لأنه انتفاع مباح والحاجة تدعو إليه، فجاز كإجارة الظئر للرضاع، والبئر ليسقي منها الماء؛ ولأنها منفعة تستباح بالإعارة، فتستباح بالإجارة كسائر المنافع، قال ابن قدامة: وينبغي أن يوقع العقد على العمل، ويقدر بمرة، أو بمرتين، أو أكثر، ويصح أن يقدر بالمدة إذا اكتراه لإطراقه ماشية كثيرة[4]، وما ذكره ابن قدامة هو مذهب الشيعة الإمامية، يقول العاملي: « والقصد من الضراب وإن كان هو الماء إلا أنه جوز للضرورة »[5].

وممن قال بجواز إجارة الفحل للضراب الحسن، وابن سيرين، وابن أبي هريرة[6]، وعقيل بن أبي طالب، وربيعة، وعطاء، وعبد العزيز بن أبي سلمة[7].

---

(1) المنتقى ٥:٢٢، والمدونة ١١:٦٩.

(2) بداية المجتهد ٣:٢٢٤.

(3) المنتقى ٥:٢٢، والمدونة ١١:٦٩.

(4) المغني ٥:٥٠١، ويقول ابن قدامة: إن المذهب عدم جواز إجارة الفحل للضراب فإن احتاج إنسان إلى ذلك، ولم يجد من يطرق له جاز أن يبذل الكراء وليس للمطرق أخذه، لأن ذلك بذل مال لتحصيل منفعة مباحة تدعو الحاجة إليها فجاز كرشوة الظالم ليدفع ظلمه.

(5) مفتاح الكرامة ٤:١٤٤، وذهب بعض علمائهم إلى المنع وبعض إلى الكراهة.

(6) نيل الأوطار ٣:٢٤٢ و ٦:٣٣، والمنتقى ٥:٢٢، والمغني ٥:٥٠١.

(7) المدونة ١١:٦٩.

٤ - إجارة الشجر للثمر:

رأي الجمهور:

عرفنا في الكلام عن إجارة الأرض التي عليها شجر أن جمهور الفقهاء لا يجوزونها إذا كان الشجر كثيراً، بل بعض العلماء حكى الإجماع على المنع، وعلى هذا فإن إجارة الشجر وحده للثمر تكون ممنوعة عندهم من باب أولى، وقد ذكرنا وجهة نظرهم هناك فلا داعي لإعادتها[1].

ولم أر في منع إجارة الشجر للثمر خلافاً إلا من ابن تيمية، وقد أشرنا إلى رأيه سابقاً، وسنزيده إيضاحاً هنا.

رأي ابن تيمية:

« الفوائد التي تستحق مع بقاء أصولها تجري مجرى المنافع وإن كانت أعياناً »:

هذه هي القاعدة التي بنى عليها ابن تيمية رأيه في جواز استئجار الشجر للاستثمار، وهي أساس الخلاف بينه وبين الجمهور، فالقاعدة عند جمهور الفقهاء، كما قلنا، هي أن الإجارة لا ترد على الأعيان، وقد كان من ضمن تطبيقها مع إجارة الشجر للاستثمار؛ لأن ما يملك بهذه الإجارة هو الثمر وهو عين.

أما ابن تيمية فإنه لا يقبل هذه القاعدة على عمومها، وإنما يستثنى من الأعيان التي لا تملك بالإجارة نوعا من الأعيان يلحقه بالمنافع، هو الأعيان التي كلما أخذت جاء غيرها مع بقاء أصلها، مثال ذلك: لبن الظئر، ولبن البهائم، وصوفها، والماء العذب، وثمر الشجر، فإنه كلما خلق من هذه شيء فأخذ خلق الله بدله مع بقاء أصله كالمنافع سواء، ولهذا جاز وقف الحيطان لثمرتها، كما جاز وقف الأرض البيضاء والرباع لمنفعتها، وجاز في باب العارية

---

(1) انظر ص٤٨٢، وانظر مع هذا المغني ٥:٥٠١، والمحلى ٨:٢٠٠، والبحر الزخار ٤:٣٣، والخرشي ٧:٢١.

المنيحة[١]، والعرية[٢]، فأجريت هذه الأعيان مجرى المنافع؛ لأنها ينتفع بها مع بقاء أصولها. وقد جاز استئجار الظئر لأجل لبنها بالنص مع أن المقصود بالعقد هو اللبن وهو عين، والعلة في ذلك هو أن هذه فائدة تؤخذ مع بقاء أصلها فأجريت مجرى المنفعة، وعليه ينبغي أن يجوز استئجار الشجر للاستثمار؛ لأنه بمنزلة استئجار الظئر لأجل اللبن.

ولا يوافق ابن تيمية على أن استئجار الشجر بيع للثمرة؛ وذلك لأن استئجار الشجر لمن يعمل فيه، ويأخذ ثمره مثل استئجار الأرض لمن يعمل فيها ويأخذ زرعها، فكما أن كراء الأرض ليس بيعاً لزرعها فكذلك كراء الشجر ليس ببيع لثمره.

ولهذا فقد قيد ابن تيمية جواز استئجار الشجر للثمر، بما إذا كان المستأجر يعمل على الشجر فيسقيها ويلقحها ويدفع عنها الأذى، أما إذا لم يكن للمستأجر عمل فيه فلا تجوز إجارته قبل بدو صلاحه؛ لأنه بيع محض للثمرة، مثل ما لو كان صاحب الشجر هو الذي يتعهده ويبيع ثمره.

وقد جوز ابن تيمية تطبيقاً لقاعدته، إجارة البهائم لمن يعمل عليها، فيعلفها ويسقيها، ويأخذ درها ونسلها كما جوز إجارتها للإرضاع، ولم يجوز إجارتها لمن يحلب لبنها من غير عمل، لأنه يكون في هذه الحالة مشترياً للبن، لا مستأجراً للبهيمة، وشراء اللبن في الضرع منهي عنه[٣].

(١) المنيحة: هي الشاة تُعار ليُنتفع بلبنها.

(٢) العرية: هي النخلة تُعار لثمرها، وانظر ص٢٤١.

(٣) القواعد النورانية الفقهية ص ١٤٩ ــ ١٥٢، وذكر ابن قدامة قاعدة تشبه قاعدة ابن تيمية، ولكنه لم يمش معه كل الطريق، فقد جاء في المغني ٥: ٥٠٠ ــ ٥٠١:
«(فصل) وما لا تجوز إجارته أقسام:
أحدها: ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالمطعوم والمشروب والشمع ليشعله، لأن

رأي:

الأصل في الإجارة أن ترد على المنافع، والأصل في البيع أن يرد على الأعيان، ولكن هناك أعيان لها شبه بالمنافع، وهي الأعيان التي يتجدد وجودها مع بقاء أصلها، كما يتجدد وجود المنافع مع بقاء أصلها، وذلك كلبن الظئر، وعسب الفحل، ولبن البهائم وصوفها، وبعض الزرع والثمر، فهل تلحق هذه الأشياء بالمنافع فتجوز إجارتها، أم لا تلحق بها فتمتنع إجارتها؟

الجواب عندي، هو: أن ما لا يمكن التعاقد عليه من هذه الأعيان بطريق البيع يلحق بالمنافع وتصح إجارته قياساً لا استثناء، كما تصح إجارة سائر المنافع فقد جاز بالنص إجارة الظئر؛ لأن لا يمكن الانتفاع بلبنها بالبيع، إذ لو لم تجز الإجارة لترتب على ذلك ضرر عظيم؛ لأن الطفل قد يكون في حاجة إلى مرضعة ولا يجد من تتبرع بإرضاعه فيضيع، وقياساً على جواز إجارة الظئر ينبغي أن تجوز إجارة الشاة لإرضاع السخال وإجارة الفحل للضراب؛ لأن الضرورة تدعو لحفظ البهائم، كما تدعو لحفظ الآدميين[١]، وهذه الأعيان لا يمكن الحصول عليها عن طريق البيع، وليس كل إنسان يرضى التبرع بشاته

الإجارة عقد على المنافع، وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها... ولا يصح استئجار ما لا يبقى من الرياحين، كالورد، والبنفسج، والريحان الفارسي، وأشباهه لشمها لأنها تتلف عن قرب فاشبهت المطعومات».

والكلام إلى هنا مستقيم، ولكن ابن قدامة يمضي في تطبيق القاعدة فيقول: «ولا يجوز استئجار الغنم ولا الإبل والبقر ليأخذ صوفها ولا شعرها ولا وبرها، ولا استئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئاً من عينها».

وهنا يفارق ابن قدامة ابن تيمية، ويفارق القاعدة التي ذكرها في نظري، لأن هذه الأمثلة لا تنطبق عليها القاعدة فإن الانتفاع فيها ممكن مع بقاء العين، ولكن يبدو أن ابن قدامة يرى في إتلاف اللبن والصوف والشعر والثمر إتلافاً للعين، لأن هذه الأشياء جزء منها.

(١) قارن ابن قدامة في المغني ٥: ٤٥٥.

أو فحله، ففي منع إجارته تفويت لمصلحة محققة، وجلب لضرر محقق أيضاً.

أما ما يمكن بيعه من هذه الأعيان التي ينتفع بها مع بقاء أصلها كلبن الغنم، وصوفها، وكالثمار، فلا تلحق بالمنافع، ولا تجوز إجارتها، لأن البيع فيها ممكن فتبقى على الأصل.

ولهذا فإني أرى أن القياس يقضي بمنع إجارة الشجر لأجل الثمر إلا في الحالات التي يجوز فيها بيع ثمره وهي ما إذا كان الثمر قد بدا صلاحه، أو كان مأمون العاهة، على نحو ما قلته في بيع الثمر[1]، ولكني أضيف هنا أن الحاجة قد تدعو إلى إجارة الشجر للاستثمار قبل ظهور الثمر، وذلك لأن صاحب الشجر قد لا تكون عنده القدرة على تعهده، ولا يجد العامل الأمين الذي يساقيه على شجره، فينبغي إذاً جواز إجارة الشجر للحاجة إليها وتعامل الناس بها، وإن كان فيها خروج على القياس ووقوع في الغرر، كما جازت إجارة الأرض مع ما فيها من غرر، للحاجة والتعامل، وإن كانت المزارعة والمساقاة أحب إليَّ من إجارة الأرض والشجر.

٦ ــ الجعالة[2]

تعريفها:

الجعالة هي: أن يلتزم شخص جعلاً معلوماً لمن يقوم بإنجاز عمل معلوم أو مجهول، كأن يقول شخص: من رد على بعيري الشارد فله مائة قرش، فإن أي شخص يسمع هذا القول، ويأتي بالبعير فإنه يستحق الجعل، ومن سمع القول وجدَّ في طلب البعير، ولكنه لم يأت به فإنه لا يستحق شيئاً على ما بذل من جهد، فالجعالة نوع خاص من الإجارة. وقد عرف ابن رشد الجعل بأنه «الإجارة على

(١) انظر ص٣٩٣.

(٢) الجعالة بتثليث الجيم، والكسر أشهر، ويقال لها: الجعل أيضاً.

منفعة مظنون حصولها»[1] وعرفه ابن جزي بأنه: «الإجارة على منفعة يضمن حصولها»[2].

ومن الأمثلة التي يذكرها بعض الفقهاء للجعالة غير المثال المشترك الذي ذكرته: مشارطة الطبيب على البرء، والمعلم على الحذاق[3]، وكراء السفن، وحفر البئر حتى تخرج الماء[4]، وبناء حائط أو دار[5]، والحج كأن يقول شخص: من حج عني فله كذا[6]. ومنها ما يبذله الإمام لمن يدله على ما فيه مصلحة عامة للمسلمين، مثل طريق سهل، أو ماء في مفازة، أو قلعة يفتحها، أو مال يأخذه، أو عدو يغير عليه، أو ثغرة يدخل منها[7].

وبعض هذه الأمثلة متفق عليه، وبعضها مختلف فيه، وسنشير إلى بعضها في أثناء الكلام عن الشروط.

الإجارة على البلاغ:

تشتبه الجعالة بالإجارة على البلاغ، وهو اصطلاح للمالكية يريدون منه الإجارة التي يشترط فيها المستأجر على الأجير أنه لا يستحق شيئاً من الأجر إلا بتمام العمل، ويمثلون لها ببعض أمثلة الجعالة، من ذلك كراء السفينة لحمل متاع

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٣٥.

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٦٦، وانظر أيضاً: تعريف ابن رشد الجد في المقدمات الممهدات ٢: ٣٠٤، وتعريف الشيرازي في المهذب ١: ٤١١، وابن العربي في أحكام القرآن ٣: ١٠٨٥.

(٣) بداية المجتهد ٢: ٢٣٥، ويرى ابن جزي أن هذا مما يتردد بين الجعل والإجارة.

(٤) القوانين الفقهية ص ٢٦٦.

(٥) المهذب ١: ٤١٧، والبحر الزخار ٤: ٦٣، والمغني ٥: ٦٥٧.

(٦) البحر الزخار ٤: ٦٣.

(٧) المغني ٨: ٣٨٣، ويقول ابن قدامة: لا نعلم في هذا خلافاً، لأنه جعل في مصلحة فجاز كأجرة الدليل.

إلى مكان معين، فلو غرقت السفينة بما فيها فلا كراء لربها.

ومنها مشارطة الطبيب على البرء، والمعلم على حفظ القرآن أو بعضه، أو على تعلم صنعة، ومنها مشارطة الحافر على استخراج الماء بموات، ومنها إرسال رسول لبلد لتبليغ خبر أو الإتيان بحاجة.

والإجارة على البلاغ تشبه الجعالة من حيث إن الأجير لا يستحق الأجر إلا بتمام العمل، ولكنها تختلف عنها في أنها لازمة بالعقد بخلاف الجعالة[1] كما سيأتي.

ويظهر من الأمثلة فرق آخر، هو أن الإجارة على البلاغ لا بد أن يكون الأجير فيها معيناً، أما الجعالة فإن العامل فيها قد يكون معيناً وقد يكون غير معين.

مشروعية الجعالة:

الجعالة جائزة عند جمهور الفقهاء[2]، منهم المالكية[3] والشافعية[4]، والحنابلة[5]، والزيدية[6]، ومنعها الظاهرية، فلا يلزم الجاعل عندهم بشيء، ولكن يستحب له أن يفي بوعده.

يقول ابن حزم: «لا يجوز الحكم بالجعل على أحد، فمن قال لآخر: إن جئتني بعبدي الآبق فلك على دينار، أو قال: إن فعلت كذا وكذا فلك على درهم، وما أشبه هذا، فجاءه بذلك، أو هتف وأشهد على نفسه: من جاءني بكذا فله كذا

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٥٧.

(٢) ويقول ابن قدامة: «ولا نعلم فيه مخالفاً». المغني ٥: ٦٥٦، وسنرى فيها خلاف الظاهرية والحنفية.

(٣) مختصر خليل مع حاشية الدسوقي ٤: ٥٦٠.

(٤) المهذب ١: ٤١٧.

(٥) الفروع وتصحيحه ٢: ٧٦٩.

(٦) البحر الزخار ٤: ٦٢.

فجاءه به لم يقض عليه بشيء، ويستحب لو وفى بوعده».

وحجة الظاهرية أنه لم يرد نص بإباحة الجعل، والعقود التي أمر الله بالوفاء بها إنما هي العقود المنصوص عليها بأسمائها، وأن كل ما عدها فحرام عقده، ويرون في الجعالة من غير قوله: «إلا أن يشاء الله» مخالفة لأمر الله في قوله تعالى: **﴿ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله﴾**. ومن خالف أمر الله لم يلزمه عقد خالف فيه أمر ربه، بل هو معصية يلزمه أن يستغفر منه، وإن قال: «إلا أن يشاء الله» ثم لم ينفذ ما وعد به فلا يجوز إلزامه به؛ لأن الله لم يشأه إذ لو شاءه لأنفذه[1].

وتذكر بعض كتب الفقه المقارن أن أبا حنيفة لا يجوز الجعالة[2]، ويذكر بعضها: أنه يجوزها[3]؛ ولم أر في كتب الحنفية كلاماً صريحاً عن صحة عقد الجعالة أو عدم صحته، ولكنا نجد بعض الأمثلة التي يذكرها غير الحنفية في باب الجعالة مبثوثة عند الحنفية في كتاب الإجارة، وكتاب الجهاد عند الكلام عن التنفيل[4]، ويستفاد مما قاله الحنفية فيها أن الجعل بين الأفراد لا يجوز لأنه إجارة مجهولة، جاء في الدر المختار: «من دلني على كذا فله كذا، فهو باطل ولا أجر لمن دله إلا إذا عين الموضع»[5].

أما الجعل من الإمام وهو المعروف بالتنفيل فهو جائز، بل مندوب، فيندب للإمام أن ينفل وقت القتال بأن يقول: «من قتل قتيلاً فله سلبه، أو من قتل الملك

(١) المحلى ٨: ٢٠٤.

(٢) بداية المجتهد ٢: ٢٣٥.

(٣) المغني ٥: ٦٥٦.

(٤) التنفيل هو إعطاء الإمام الجندي فوق سهمه، وهو من النفل، ومنه النافلة للزائد على الفرض.

(٥) ابن عابدين ٥: ٧٩، وانظر فيه باقي الأمثلة.

فله عشرة آلاف درهم»، أويقول للسرية[1]: «ما أصبتم فهو لكم، أوفلكم ثلثه بعد الخمس»، والتنفيل قد يكون لشخص معين، وقد يكون لشخص غير معين، وقد يكون العمل فيه معلوماً، وقد يكون مجهولاً، كما في الجعالة، ولكنه جهالة من نوع خاص، وإنما جاز؛ لأن فيه تحريضاً وترغيباً في القتال؛ ولهذا يشترط أن يكون لبعض العسكر، أما لو قال للعسكر جميعاً: «ما أصبتم فلكم» فلا يجوز[2].

الجعالة جائزة استثناء:

والذين يجوزون الجعالة يقولون إنها في القياس غرر؛ لما فيها من جهالة العمل[3]، وجهالة الأجل؛ لأن العامل يستحق الجعل عند فراغه من العمل، وهو وقت مجهول[4]، وإنما جازت استثناء؛ للحاجة إليها[5].

ويستدل من يجوز الجعالة بما يأتي:

١ ـ قوله تعالى: **﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾**[6]، ففي هذه الآية دليل على جواز الجعالة؛ لأن المؤذن جعل لمن يأتي بصواع الملك حمل بعير، وهذا هو معنى الجعالة[7].

ورد ابن حزم الاستدلال بهذه الآية بأن شريعة من قبلنا من الأنبياء لا تلزمنا،

---

(١) السرية: فرقة من الجيش.

(٢) ابن عابدين ٣: ٣٢٨ ـ ٣٣٢. وكره مالك الوعد بالتنفيل قبل الحرب خوفاً من أن يحارب الغزاة لغير وجه الله، بداية المجتهد ١: ٣٩٧.

(٣) المقدمات ٢: ٣٠٤.

(٤) المجموع شرح المهذب ٩: ٣٣٩.

(٥) البحر الزخار ٤: ٦٢، والمهذب ١: ٤١١.

(٦) سورة يوسف: الآية ٧٢.

(٧) المقدمات ٢: ٣٠٤، والمنتقى ٥: ١١٠، والبحر الزخار ٤: ٦٢، والمهذب ١: ٤١١، والمغني ٥: ٦٥٦.

على أن هذا لو كان في شريعتنا لما كانت فيه حجة على إلزام القضاء بالجعل، لأن كل ما في الآية هو أنه جعل لمن يأتي بالصواع جعلاً[1].

ويرى الجصاص من فقهاء الحنفية أن هذه إجارة جائزة؛ لأن الأجر معلوم، فحمل البعير اسم لمقدار ما، من الكيل والوزن كقولهم وسق ونحو ذلك، ويجعل هذا نظير ما لو قال: «من حمل هذا المتاع إلى موضع كذا فله كذا»[2]، وهو تنظير غير سليم؛ لأن العمل هنا معين، وفي قول مؤذن الملك غير معين؛ وإن كانا يشتركان في عدم تعيين الأجير، وعدم القبول باللسان.

٢ ـ قوله ﷺ يوم حنين: «من قتل قتيلاً فله سلبه»، وقوله يوم بدر: «من فعل كذا فله كذا، ومن فعل كذا فله كذا»[3].

ويقول ابن رشد الحفيد: إن قول الرسول ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه» كان بعدما برد القتال[4]، وهذا يرد استدلال جده به على صحة الجعالة.

٣ ـ ما رواه أبو سعيد الخدري رضي الله عنه أن ناساً من أصحاب النبي ﷺ أتوا على حي من أحياء العرب فلم يقروهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك، فقالوا: هل معكم من دواء أو راق، فقالوا: إنكم لم تقرونا، ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطيعاً من الشاء، فجعل يقرأ بأم القرآن، ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ، فأتوا بالشاء فقالوا: لا نأخذه حتى نسأل النبي ﷺ، فسألوه فضحك، وقال: وما أدراك أنها رقية؟ خذوها واضربوا لي بسهم[5].

---

(١) المحلى ٨: ٢٠٥.

(٢) أحكام القرآن ٣: ٢١٦.

(٣) المقدمات ٢: ٣٠٤.

(٤) بداية المجتهد ١: ٣٩٧.

(٥) رواه البخاري. صحيح البخاري ٧: ١٣١، والمقدمات ٢: ٣٠٥، والمهذب ٢: ٤١١، والمغني ٥: ٦٥٦، والبحر الزخار ٤: ٦٢.

ويأخذ ابن حزم بهذا الحديث فيجوز الإجارة على الرقي[1].

٤ ـ الجعل كان موجوداً في المعاملات في زمن الرسول ﷺ ولم يتعرض لإبطاله مع علمه به، وهذا إقرار منه ﷺ على جوازه وقد مضى عمل المسلمين عليه في سائر الأمصار[2].

شروط صحة الجعالة[3]

١ ـ العلم بالجعل[4]:

يشترط لصحة الجعالة أن يكون الجعل معلوماً، فلو قال: من رد على بعيري فله ثوب، أو أرضيه، فسد العقد للجهل بالجعل[5].

هذا إذا كانت الجهالة تمنع التسليم، أما إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم فقد قال ابن قدامة: يحتمل أن تجوز الجعالة، وذلك نحو أن يقول: من رد ضالتي فله ثلثها، وهو قول ظاهر الوجاهة، ويؤيده الحديث الذي استدلوا به على جواز الجعالة: «من قتل قتيلاً فله سلبه» وأكثر الأمثلة التي تذكر في باب التنفيل من هذا القبيل.

ويستفاد من هذا «أن الجعل ـ كما يقول الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ـ إذا كان من نفس الشيء الذي يبحث عنه، وكان الجعل بسببه، كأن يجعل له جزءاً من مال العدو الذي يهاجمه، ومثل أن تجعل الدولة لمن يعثر على منجم

(١) المحلى ٨: ١٩٣.
(٢) المقدمات ٢: ٣٠٥.
(٣) نقتصر من الشروط على ماله مساس بموضوعنا، وانظر الكلام عن الجعالة بصفة عامة في أحكام المعاملات الكبير للأستاذ الخفيف ص ٤٨٣، والمدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٥٦٩.
(٤) المقدمات ٢: ٣٠٥، ومختصر خليل ٤: ٥٦، والبحر الزخار ٤: ٦٣، والمهذب ١: ٤١١.
(٥) مغني المحتاج ٢: ٤٣١.

أو حقل بترول قدراً معيناً منه كالخمس مثلاً، جاز أن يكون مجهولاً»[1]؛ لأن هذه الجهالة لا تمنع التسليم. ربما يقال: إن نص القرآن الذي اعتبر أصلاً في جواز الجهالة كان الجعل فيه مجهولاً، وهو حمل البعير. أجاب القرطبي عن هذا: بأن حمل البعير كان شيئاً معروفاً عندهم كالوسق[2].

صور من الجهالة الممنوعة في الجعل

١ ـ بع السلعة ولك في كل دينار كذا:

من قال لرجل: بع لي ثوبي، ولك من كل دينار درهم لم يجز؛ لأنه لم يسم ثمناً يبيعه به، وإذا لم يكن الثمن معلوماً كان جعل العامل مجهولاً، ولأنه كما يقول مالك: «كلما نقص دينارمن ثمن السلعة نقص في حقه الذي سمي له،فهذا غرر لا يدري كم جعل له»[3].

أما لو قال: إن بعت هذه السلعة بكذا فلك دينار، وإن لم تبعها فليس لك شيء في ذلك، فهذه جعالة صحيحة.

٢ ـ بع هذه السلعة وما زاد على كذا فلك:

لو قال لآخر: بع هذا الثوب فما زاد على عشرة دراهم فهو لك، قال مالك: «لا يجوز لأن الجعل مجهول قد دخله الغرر»[4].

(١) المدخل للفقه الإسلامي ص ٥٦٩.
(٢) تفسير القرطبي ٩: ٢٣٢، وقارن المحلى ٨: ٣٠٥.
(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٥: ١١٠، ومقتضى تعليل المنع بعدم تسمية ما يبيع به أنه لو سمى ثمناً بأن قال له: بِع لي ثوبي بعشرة ولك في كل دينار درهم، فهو عقد صحيح، لأن الجعل يكون معلوماً في هذه الصورة.
(٤) المنتقى ٥: ١١٢.

٣ ـ من فعل كذا فله جائزة ثمينة:

ومن الجهالة الممنوعة في الجعل ما نراه كثيراً في الإعلانات في الجرائد ممن فقد شيئاً أن يصف شيأه ويقول: من جاءني بشيء المفقود فله جائزة ثمينة.

العلم «بالعمل» ليس شرطاً[١]:

لا يشترط العلم بالعمل الذي يقوم به العامل، بل يجب أحياناً أن يكون مجهولاً كما في رد الآبق، فإنه لا بد في صحة الجعل على الاتيان به ألا يعلم مكانه، فإن علمه ربه فقط لزمه الأكثر مما سمي، وجعل المثل، وإن علمه العامل فقط كان له بقدر تعبه عند ابن القاسم، وقيل لا شيء له، وإن علماه معاً فله جعل مثله[٢].

وإنما جاز أن يكون العمل مجهولاً؛ لأن جهالته لا يترتب عليها ضرر، لأن العقد غير لازم بالنسبة للعامل فيستطيع أن يتخلص من مضرة غرره إذا بدا له ما يكره من مشقة المضي في العمل[٣].

الجعل على إبراء المريض:

مقتضى عدم اشتراط العلم بالعمل أن تجوز الجعالة في مشارطة الطبيب على البرء، ولكن المسألة محل خلاف، فقد اختلف قول مالك في الجعل يجعل للطبيب على إبراء العليل، فقد قال في المدونة لا يجوز، وقال سحنون: روى أنه عنده جائز، وروى عنه مثل ذلك في الجعل للمحامي على كسب القضية[٤]. وصحح ابن قدامة مشارطة الطبيب على البرء[٥]، ونص ابن حزم على عدم جواز

---

(١) البحر الزخار ٤:٦٢، والمهذب ١:٤١١.
(٢) الدسوقي ٤:٥٦، والمقدمات ٢:٣٠٧.
(٣) المنتقى ٥:١١٣، وأحكام القرآن لابن العربي ٣:١٠٨٥.
(٤) المنتقى ٥:١١.
(٥) المغني ٥:٤٩٣.

مشارطة الطبيب على البرء؛ لأن البرء لا يقدر عليه إلا الله[١]، ومنعها أيضاً الزيدية؛ لأن البرء غير مقدور للطبيب[٢].

تعيين المجعول له ليس شرطاً:

لا يشترط تعيين المجعول له، فالجعالة قد تكون لشخص معين، كما إذا قال رجل لآخر: «إن جئت بجملي الشارد فلك كذا». قال مالك: هذا من باب الجعل وليس من باب الإجارة، ولو كان من باب الإجارة لم يصلح[٣]، وقد تكون لأي شخص يقوم بالعمل بعد سماع قول الجاعل، كما جاء في الآية: «ولمن جاء به حمل بعير» وكقول من فقد شيئاً: «من دلني على ضالتي فله كذا» وقول القائل: أول من يحج عني فله مائة جنيه؛ وذلك لأن الجاعل قد يكون له عمل ولا يعرف من يعلمه[٤].

٢ ـ أن يكون الجعل غير معين:

يشترط لصحة الجعالة أن يكون الجعل معلوماً غير معين، أو معيناً لا يسرع إليه الفساد، فلو قال: من جاءني ببعيري الشارد فله هذا الثوب صح، أما لو قال: فله هذه الدابة لم يصح؛ لأن الدابة تتغير وتسرع إليها الحوادث[٥].

٣ ـ ألا يضرب للعمل المجعول فيه إجلاً:

يشترط ألا يحدد الجاعل للمجعول له زمناً، فلو قال جاعلتك على أن تبيع

---

(١) المحلى ٨:١٩٦.
(٢) البحر الزخار ٤:٤٦.
(٣) الموطأ ٥:١١٠.
(٤) الشرح الكبير للدردير ٤:٥٦، والبحر الزخار ٤:٦٢، والمهذب ١:٤١١، والمغني ٥:٦٥٨.
(٥) المنتقى ٥:١١١، وهكذا يمثل الباجي لما يسرع إليه الفساد بالدابة، والأولى عندي التمثيل له بنحو: هذا الصندوق من العنب.

هذا الثوب اليوم ولك درهم، أوجاعلتك على الإتيان ببعيري الشارد بدينار، بشرط أن تأتي به في شهر، فإن الجعالة لا تجوز إلا إذا اشترط للعامل أن له ترك العمل متى شاء، فيجوز حينئذ؛ لأنه رجع إلى أصل الجعالة من كون الزمان ملغى، وإنما ضر تقدير الزمن؛ لأن العامل لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل، وقد ينقضي الأجل قبل تمام العمل فيذهب عمله باطلاً، وفي ذلك زيادة غرر.

والفرق بين الصورة التي يقدر فيها الزمن، ولا يشترط فيها الترك، والصورة التي يقدر فيها الزمن، ويشترط فيها الترك متى شاء العامل، مع أن شأن هذا العقد أنه غير لازم بالنسبة للعامل كما سنرى، هو أن العامل في الصورة الأولى داخل على التمام في الظاهر وإن كان له الترك في الواقع فغرره قوي، وفي الصورة الثانية العامل داخل ابتداء على أنه مخير فغرره ضعيف[1].

وأرى أن هذه تفرقة لا مبرر لها، فإن اشتراط العامل ترك العمل متى شاء، مع أن هذا الحق ثابت له من غير شرط، لا قيمة له، وليس له أثر ظاهر في تخفيف الغرر، والمنطق يقضي إما بتجويز ضرب الأجل في الحالين، أو منعه في الحالين، والأولى عندي تجويز تحديد الزمن؛ لأن الجاعل قد يكون له غرض صحيح في هذا التحديد، وقد لا تكون له مصلحة في العمل بعد مضي زمن معين، ففي منع التحديد ضرر على الجاعل، لا سيما على رأي المالكية الذين يرون أن الجعالة عقد لازم بالنسبة للجاعل بعد الشروع في العمل، صحيح إن العامل يصيبه ضرر إذا انتهى الأجل قبل أن يتم العمل، ولكن هذا الضرر في إمكان العامل تفاديه بعدم الشروع في العمل إلا إذا تأكد من أن في مقدوره إنجازه قبل الأجل.

٤ ــ أن يكون العمل لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمامه:

المجعول له لا يستحق الجعل إلا إذا أتم العمل، ولهذا يشترط أن يكون

(١) الدسوقي على الشكر الكبير ٤:٥٨، والمقدمات ٢:٣٠٥ ــ ٣٠٧.

العمل مما لا ينتفع به الجاعل إلا بعد تمامه، كما في قوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾ فإنه إذا لم يأت المجعول له بالمطلوب فلا ينتفع الجاعل بشيء مما بذله العامل من عمل.

أما إن كان الجعل في عمل إن ترك العامل العمل بقي للجاعل فيه ما ينتفع به لا يجوز، كما إذا قال لآخر: إن عملت لي شهراً فلك كذا، وإلا فلا شيء لك؛ لأن الجعل مبني على أن العامل لا يلزمه إتمام العمل؛ لما فيه من الغرر، فإذا عمل العامل بعض الشهر، وترك العمل انتفع العامل بعمله دون عوض[1].

وقد فرع المالكية على هذا الشرط:

١ ــ إن الجعل على حفر البئر حتى يجيىء الماء لا يجوز فيما يملك من الأرضين، لأن المجعول له إن ترك العمل بعد أن حفر بعض البئر انتفع الجاعل بما حفر منها بوجوه كثيرة من وجوه المنافع بدون عوض.

ويجوز فيما لا يملك من الأرضين، لأن الجاعل لا نفع له فيما حفر المجعول له منها إن لم يتم حفرها[2]، وهذا هو ما يعبر عنه بمشارطة الحافر على استخراج الماء بموات.

وقد نص الحنفية على أن التعاقد على حفر البئر لا يجوز إلا إذا بين مكان الحفر وعمق البئر وعرضها، لأن عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه، ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة، فيحتاج إلى البيان ليصير المعقود عليه معلوماً[3]، فلا يجوز عندهم مشارطة الحافر على إخراج الماء سواء كان ذلك بأرض موات أو مملوكة.

(١) المقدمات ٢:٣٠٧، والدسوقي ٤:٥٦ و ٥٩، والمنتقى ٥:١١٠.
(٢) المقدمات ٢:٣٠٩، والدسوقي ٤:٥٧، والمنتقى ٥:١١٠.
(٣) البدائع ٤:١٨٤.

وقال الظاهرية: لا تجوز الإجارة على حفر البئر ألبتة؛ لأنه قد يخرج منها الصفاة الصلدة والأرض الرخوة، وهذا عمل مجهول، والطريق لحفر البئر عندهم هي أن يؤجر الحافر مياومة ثم يستعمله في حفر البئر؛ لأن هذا عمل محدود معلوم[1].

٢ ــ إن الجعالة على بيع عدد من الثياب مثلاً، على أن العامل لا يستحق شيئاً إلا ببيع الجميع لا تجوز، لأن الجاعل ينتفع ببيع البعض باطلاً إن لم يتم العامل العمل[2].

هل الجعالة عقد لازم أم غير لازم؟

الجعالة عقد غير لازم بالنسبة للمجعول له «العامل» سواء شرع في العمل أو لم يشرع، فله أن يترك العمل الذي شرع فيه في أي وقت شاء، ولا يستحق شيئاً على ما عمل، لأن الجعل يستحق بالفراغ من العمل، وقد تركه فسقط حقه[3]. وإنما كان العقد غير لازم بالنسبة للعامل؛ لأنه قد يجد مشقة في المضي في العمل أكثر مما كان يتوقع، والعمل، كما قلنا، يجوز أن يكون مجهولاً، فلزوم العقد على كل حال يجعل الغرر كثيراً مفسداً للعقد[4]؛ لأن العامل لا يقدر على التخلص من مضرة الغرر الحاصل من جهالة العمل إذا رأى ما يكره من مشقته[5].

(١) المحلى ٨: ١٩٦.
(٢) الدسوقي ٤: ٥٩، والمقدمات ٢: ٣٠٩.
(٣) المنتقى ٥: ١١١.
(٤) الدسوقي ٤: ٦١، والمقدمات ٢: ٢٠٧، والمهذب ١: ٤١١، والبحر الزخار ٤: ٦٢. وعدم استحقاق العامل شيئاً إذا ترك العمل هو في حالة ما إذا اتفع الجاعل فعلاً بما عمله العامل بأن استأجر شخصاً آخر لإتمامه، فإن العامل الأولى يستحق من الأجر على عمله بنسبة ما يأخذه الثاني على عمله. الدسوقي ٤: ٥٧.
(٥) المنتقى ٥: ١١١ و ١١٣.

أما بالنسبة للجاعل فإنها عقد لازم بعد أن يشرع المجعول له في العمل باتفاق فقهاء المالكية، لئلا يبطل الجاعل على العامل عمله. أما قبل شروع المجعول له في العمل، فقد اختلف في لزوم العقد وعدمه بالنسبة للجاعل، فقيل: إن الجعل يلزمه بالعقد، وهو مذهب ابن حبيب في أحد قوليه، وظاهر رواية عيسى عن ابن القاسم.

وقيل: لا يلزمه حتى يشرع المجعول له في العمل، وهي رواية علي بن زياد وأشهب، عن مالك، ومذهب سحنون، قال ابن رشد: وهو أظهر القولين؛ لأنه لما كان المجعول له لا يلزمه العقد وجب ألا يلزم الجاعل[1].

وعند الشافعية الجعالة عقد غير لازم بالنسبة للجاعل أيضاً، فله فسخ العقد في أي وقت؛ لأنه عقد على عمل مجهول بعوض، فجاز لكل من الطرفين فسخه كالمضاربة، غير أن الجاعل إن فسخ العقد قبل أن يشرع العامل في العمل لم يلزمه شيء، لأنه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل، وإن فسخ بعدما شرع العامل في العمل لزمه أجرة المثل لما عمل له؛ لأنه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمته أجرته[2]، وهو مذهب الحنابلة[3].

فالفرق بين المالكية والشافعية ينحصر في لزوم الجعالة بالنسبة للجاعل بعد شروع العامل في العمل، فعند المالكية: الجعالة لازمة، ومعنى هذا، أن الجاعل ليس له حق الرجوع في هذه الحالة، وللعامل أن يستمر في العمل إلى أن ينجزه، ويطالب الجاعل بالجعل كاملاً، أما عند الشافعية فللجاعل الرجوع على أن يدفع للعامل أجرة المثل عما أنجزه.

(١) المقدمات ٢: ٣٠٧، والدسوقي ٤: ٦١، والمنتقى ٥: ١١١.
(٢) المهذب ١: ٤١٨.
(٣) المغني ٥: ٦٥٧.

ومذهب الشافعية أولى بالاتباع عندي؛ لأن فيه مراعاة للجانبين.

القـانـون:

الوعد بالجائزة[1]

يقابل الوعد بالجائزة في القانون الجعالة في الفقه الإسلامي[2]، وقد جاءت أحكام الوعد بالجائزة في المادة (١٦٢) من التقنين المدني المصري وهذا نصها: «من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها.

وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور».

فالوعد بالجائزة هو أن يلتزم شخص بإعطاء جائزة معينة لمن يقوم بعمل معين، وهذا متفق مع تعريف الجعالة، غير أن الوعد بالجائزة لا بد أن يكون موجهاً للجمهور أي إلى أشخاص غير معينين بالذات، فإذا وجه إلى شخص معين لم يكن وعداً بجائزة بالمعنى المقصود، وقد رأينا أن الجعالة قد تكون لشخص معين، وقد تكون لشخص غير معين، وإن كان الأصل فيها أن تكون لشخص غير معين.

والوعد بالجائزة يجوز أن يحدد فيه أجل للقيام بالعمل، ويجوز ألا يحدد وفي حالة تحديد أجل يكون الواعد ملزماً بوعده إلى أن تنقضي المدة، لا يجوز له

(١) المراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية ٢:٣٣٨، والوسيط للدكتور السنهوري ١:١٣٠٠ ــ ١٣٠٧، ومصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ٤٢٤ ــ ٤٢٧.

(٢) قارن مصادر الحق في الفقه الإسلامي للدكتور السنهوري ١:٤٣ هامش.

الرجوع في أثنائها فأي شخص قام بالعمل قبل انتهاء المدة استحق الجائزة. أما في حالة عدم تحديد أجل فإن الواعد يلتزم أيضاً بوعده، غير أن له في هذه الحالة أن يرجع في وعده، فإذا جاء رجوعه قبل أن يشرع أحد في العمل تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده، وإذا جاء الرجوع بعد أن تم العمل، كان لمن قام بالعمل الجائزة، ولا عبرة لرجوع الواعد، وإذا جاء الرجوع بعد أن شرع شخص في العمل، وقبل أن يتمه، فعلى الواعد أن يرد إلى من شرع في العمل ما أنفقه على ألا يتجاوز قيمة الجائزة:

يتبين من هذا أن الوعد بالجائزة يختلف عن الجعالة في أنه قد يكون محدد المدة، أما الجعالة فلا تجوز مع تحديد المدة؛ لأن في ذلك زيادة غرر، كما رأينا. كما يتبين منه أن مسلك القانون بالنسبة لرجوع الواعد في وعده، في حالة عدم تحديد مدة، قريب من مسلك الشافعية.

• • •

المبحث الرابع
الشركة

تعريفها ومشروعيتها:

الشركة هي: عقد بين اثنين فأكثر على أن يكون رأس المال والربح مشتركا بينهم[1].

وقد أجمع المسلمون على مشروعية الشركة في الجملة[2] وإنما اختلفوا في بعض أنواعها وفي بعض أحكامها، ونذكر فيما يلي الأنواع المتفق عليها، والأنواع المختلف فيها على وجه الإجمال، وما للغرر من أثر في هذا الاختلاف، ثم نخص نوعاً مما اتفقوا عليه بشيء من التفصيل لنتبين مدى تأثير الغرر عليه.

أنواع الشركات:

يقول ابن قدامة: «الشركة أنواع خمسة: شركة العنان، والأبدان والوجوه، والمضاربة، والمفاوضة[3]. ويقول ابن رشد. «والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع: شركة العنان، وشركة الأبدان، وشركة المفاوضة،

(١) المجلة العدلية، مادة ١٣٢٩، وهذا تعريف لشركة العقد، لأنها هي النوع الذي يتصل بموضوعنا.

(٢) المغني ٥: ١، وبداية المجتهد ٢: ٢٥١.

(٣) المغني ٥: ١.

وشركة الوجوه»، فحذف المضاربة؛ لأنها عنده من قبيل الإجارة[1].

١ ـ شركة الأبدان[2]:

هي أن يشترك اثنان فأكثر فيما يكتسبونه بأيديهم، كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم، فما رزق الله تعالى فهو بينهم[3]، وهي جائزة عند الحنفية[4]، والمالكية[5]، والحنابلة[6] والزيدية[7]. وحجتهم في جوازها:

١ ـ القياس على اشتراك الغانمين في الغنيمة، فهم إنما استحقوا ذلك بالعمل، فقد روى أن ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر، فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً، ولم ينكر النبي ﷺ عليهما[8].

٢ ـ القياس على المضاربة؛ لأنها تنعقد على العمل[9].

ومنعها الشافعية[10] والظاهرية[11] والإمامية[12] لما فيها من الغرر إذ لا يدري أن صاحبه يكسب أم لا[13]؟

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٥١ و ٢٣٦، وانظر أيضاً حاشية ابن عابدين ٣: ٤٦٥.

(٢) تسمى هذه الشركة أيضاً شركة أعمال، وشركة صنائع، وشركة تقبل، لأنها تقوم على تقبل الأعمال والصنائع، فرأس مالها العمل لا المال.

(٣) المغني ٥: ٣.

(٤) ابن عابدين ٣: ٤٧٩.

(٥) بداية المجتهد ٢: ٢٥٥.

(٦) المغني ٥: ٣.

(٧) البحر الزخار ٤: ٩٤.

(٨) بداية المجتهد ٢: ٢٥٥، والمغني ٥: ٣ ـ ٤.

(٩) بداية المجتهد ٢: ٢٥٥.

(١٠) المنهاج مع مغني المحتاج ٢: ٢١٢.

(١١) المحلى ٨: ١٢٢.

(١٢) المختصر النافع ص ١٦٩.

(١٣) مغني المحتاج ٢: ٢١٢.

واختلف المجوزون في بعض شروطها، فمن ذلك أن مالكاً يشترط اتفاق الصنعتين، ولا يشترطه أبو حنيفة، فيجوز عنده أن يشترك الدباغ والقصار، وقال مالك: لا يجوز، لأن في اختلاف الصنعتين زيادة غرر[١].

٢ ـ شركة الوجوه[٢]:

وهي أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال، ويبيعان ذلك، فما قسم الله فهو بينهما[٣] فهي شركة على الذمم من غير صنعة ولا مال[٤]، وهي جائزة عند الحنفية[٥]، والحنابلة[٦]، والزيدية[٧].

ومنعها المالكية[٨]، والشافعية[٩]، والإمامية[١٠]؛ وذلك لأن الشركة إنما تتعلق على المال أو على العمل، وكلاهما معدومان في شركة الوجوه، مع ما في ذلك من الغرر، لأن كل واحد من الشريكين عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص[١١].

(١) بداية المجتهد ٢:٢٥٥، وابن عابدين ٣:٤٨٠.
(٢) وتسمى أيضاً شركة المفاليس.
(٣) المغني ٥:١٢.
(٤) بداية المجتهد ٢:٢٥٥.
(٥) ابن عابدين ٣:٤٨١.
(٦) المغني ٥:١٢.
(٧) البحر الزخار ٤:٩٤.
(٨) بداية المجتهد ٢:٢٥٥.
(٩) المنهاج مع مغني المحتاج ٢:٢١٢.
(١٠) المختصر النافع ص ١٦٩.
(١١) بداية المجتهد ٢:٢٥٥.

٣ ـ شركة المفاوضة[١]:

وهي أن يفوض كل واحد من الشريكين إلى صاحبه التصرف في كل ماله مع غيبته وحضوره[٢]، وهي جائزة عند الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والزيدية[٥]، واشترط الحنفية لها شروطاً تجعل وجودها نادراً جداً[٦]، ومنعها الشافعية[٧]، والإمامية[٨]، وذلك لما فيها من الغرر، ولهذا قال الشافعي: «إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه في الدنيا» يشير بذلك إلى كثرة ما فيها من الغرر[٩].

وهي عند الحنابلة نوعان:

أحدهما: أن يشتركا في جميع أنواع الشركة الجائزة، كأن يجمعا بين شركة العنان والوجوه والأبدان، فهذه مفاوضة صحيحة، لأن كل نوع من هذه يصح على انفراده فصح مع غيره.

وثانيهما: أن يدخلا في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو غيره، وأن يلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جناية، وضمان غصب، وقيمة متلف، وغرامة ضمان أو كفالة، فهذه مفاوضة فاسدة؛ وذلك لأن

(١) وشركة المفاوضة تشبه شركة التضامن في القانون. انظر شرح القانون التجاري للدكتور محمد صالح بك ١:٣١٧ و ٣٦٢، الطبعة السابعة.
(٢) بداية المجتهد ٢:٢٥٤.
(٣) ابن عابدين ٣:٤٦٥.
(٤) بداية المجتهد ٢:٢٥٤.
(٥) البحر الزخار ٤:٩١.
(٦) ابن عابدين ٣:٤٦٥ ـ ٤٧٠.
(٧) المهذب ١:٣٤٦.
(٨) المختصر النافع ١٦٩.
(٩) مغني المحتاج ٢:٢١٢.

في هذه الشركة غرراً؛ لأنه يلزم كل واحد منهما ما لزم الآخر، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به، ولأنه يدخل في هذه الشركة الأكساب النادرة[١].

٤ ــ شركة العنان:

هي أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملا فيهما بأبدانهما والربح بينهما[٢] وهي جائزة باتفاق الفقهاء، وإن كان بعضهم لا يعرف هذا اللفظ، وإنما يختلف الفقهاء في بعض شروطها، لا في الجواز وعدمه[٣].

٥ ــ المضاربة[٤]:

تعريفها: المضاربة هي دفع المال إلى الغير ليتجر به، ويكون الربح بينهما حسبما يتفقان عليه من النصف أو الثلث أو غير ذلك[٥].

مشروعيتها: لا خلاف بين المسلمين في جواز المضاربة، وهي من المعاملات التي كانت في الجهالية فأقرها الإسلام[٦].

---

(١) المغني ٥:٢٥ ــ ٢٦.

(٢) المغني ٥:١٣.

(٣) ابن عابدين ٣:٤٧٠، والمحلى ٨:١٢٤، والمختصر النافع ص ١٦٩، والمنهاج مع مغني المحتاج ٢:٢١٢، والمغني ٥:١٣، وبداية المجتهد ٢:٢٥١، والبحر الزخار ٤:٩٢.

(٤) المضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض ــ أي السفر والمشي ــ والمضارب بالكسر العامل، لأنه يضرب في الأرض للتجارة، ولم يشتق للمالك منها اسم، وهذه تسمية العراقيين، ويسميها الحجازيون: القراض، والمقارضة من القرض وهو القطع، لأن المالك قطع قطعة من ماله لمن يتجر فيه لقطعة من الربح، والمقارِض ــ بالكسر ــ المالك، وبالفتح العامل. البحر الزخار ٤:٧٩، والدسوقي على الشرح الكبير ٣:٤٥٤.

(٥) البحر الزخار ٤:٧٩، والقوانين الفقهية ص ٢٧٢، وتحفة الفقهاء ٣:٢٢.

(٦) بداية المجتهد ٢:٢٣٦، والبحر الزخار ٤:٧٩، ونيل الأوطار ٥:٣٩٤، وانظر ص٦٤. والمضاربة وشركة العنان هما النوعان المتفق على جوازهما من أنواع الشركات، وأحكامهما واحدة تقريباً. المغني ٥:٢٣. وسأتحدث عن المضاربة بشيء من التفصيل كما وعدت.

القياس يمنع المضاربة:

يرى كثير من الفقهاء أن المضاربة في القياس لا تجوز، لأنها إجارة بأجر معدوم ومجهول، لعمل مجهول، وإنما جازت استثناء على سبيل الرخصة؛ لورود النص بجوازها وللحاجة إليها.

يقول الكاساني: «القياس أن المضاربة لا تجوز؛ لأنها استئجار بأجر مجهول، بل معدوم، ولعمل مجهول، لكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة والإجماع»[١].

ويقول ابن جزي: «القراض جائز مستثنى من الغرر والإجارة المجهولة»[٢].

ويقول الدسوقي: «القراض رخصة استثنى للضرورة من الإجارة بمجهول ومن السلف بمنفعة»[٣].

ويقول ابن رشد: «وإنما رخص في المضاربة لموضع الرفق بالناس»[٤].

رأي الباجي:

وللباجي كلام قيم في تعليل صحة المضاربة ننقله فيما يلي:

«ووجه صحته (القراض) من جهة المعنى أن كل مال يزكو بالعمل لا يجوز استئجاره للمنفعة المقصودة منه، فإنه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه، وذلك أن الدنانير والدراهم لا تزكو إلا بالعمل وليس كل أحد يستطيع التجارة ويقدر على تنمية ماله، ولا يجوز له إجارتها ممن ينميها، فلولا المضاربة لبطلت منفعتها، فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض؛ لأنه لا يتوصل من مثل

---

(١) البدائع ٦:٧٩.

(٢) القوانين الفقهية ص ٢٧٢.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٤٥٤.

(٤) بداية المجتهد ٢:٢٣٦.

هذا النوع من المال إلى الانتفاع به في التنمية إلا على هذا الوجه»[1].

رأي ابن تيمية:

ويرى ابن تيمية أن المضاربة لا تخالف القياس في شيء، تمشياً مع مبدئه في أن الشريعة لا تأتي بخلاف القياس الصحيح، ويقول: إن الذين قالوا: المضاربة جاءت على خلاف القياس ظنوها من جنس عقود المعاوضات التي يشترط فيها العلم بالعوضين، كالإجارة، والحقيقة أن المضاربة من جنس عقود المشاركات، والمشاركات جنس غير جنس المعاوضة، وإن كان فيها شوب المعاوضة؛ ذلك لأن المضاربة لا يقصد فيها العمل، وإنما المقصود المال، فرب المال ليس له قصد في نفس عمل العامل كما للمستأجر قصد في عمل العامل، ولهذا لو عمل ما عمل ولم يربح شيئاً لم يكن له شيء، فالمضاربة مشاركة: العامل يشارك فيها بنفع عمله، ورب المال بنفع ماله، وما قسم الله من الربح بينهما على الإشاعة[2].

شروطها[3]:

يشترط في صيغة المضاربة:

١ ــ ألا تكون معلقة على شرط مستقبل. هذا عند الشافعية، تشبيها لها بالبيع والإجارة[4] والظاهر أن المضاربة لا تصح مع التعليق عند الحنفية أيضاً كما يستفاد من كلام ابن عابدين[5].

ويجوز تعليق المضاربة عند الشيعة الزيدية، ولو كان المعلق عليه مجهولاً[6].

---

(١) المنتقى ٥:١٥١.

(٢) القياس ص ٦ ــ ٨.

(٣) نذكر من شروط المضاربة ما له مساس بموضوعنا فقط.

(٤) المهذب ١:٣٨٦.

(٥) رد المحتار ٤:٣٢٣.

(٦) البحر الزخار ٤:٨٢.

٢ ــ ألا تكون مؤقتة، فلو قال رب المال للعامل: ضارب به من وقت كذا، أو إذا جاء وقت كذا فضارب به. أو ضارب به سنة من الآن، أو ضارب به في الصيف، أو في موسم العيد فقط، أو نحو ذلك مما عين فيه زمن العمل، فإن العقد فاسد، لما فيه من التحجير الخارج عن سنة المضاربة[1]، إذ في ذلك تضييق على العامل يدخل على المضاربة مزيد غرر؛ لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه ضرر[2]، هذا عند المالكية[3]؛ ورأى لبعض الشافعية، لأن المضاربة عقد معاوضة يبطلها التوقيت كالبيع[4].

ويرى الشيعة الزيدية وبعض آخر من فقهاء الشافعية أن التوقيت المفسد للمضاربة هو ما ترتب عليه المنع من البيع، أما ما ترتب عليه منع الشراء فقط فلا يضر، فلو قال: قارضتك سنة فإذا انقضت فلا شراء صح، أما لو قال له فلا شراء ولا بيع لا يصح؛ وذلك لأن رب المال يملك المنع من الشراء، فإذا شرطه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع الصحة، والعامل يستحق البيع لأجل الربح، فإذا شرط رب المال منعه فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد فلم يصح[5].

وجوز تأقيت المضاربة الحنفية[6]؛ والحنابلة[7].

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٤٥٦.

(٢) بداية المجتهد ٢:٢٣٩ ــ هذا التعليل الذي ذكره ابن رشد لا ينطبق على بعض الصور التي ذكرها الدسوقي، وهي ما أضيفت فيها المضاربة إلى زمن مستقبل.

(٣) وقال ابن رشد: إنه رأي الجمهور. المصدر السابق.

(٤) المهذب ١:٣٨٦.

(٥) المصدر السابق، والبحر الزخار ٤:٨٢.

(٦) ابن عابدين ٤:٦٧، وتقبل المضاربة الإضافة أيضاً. المصدر السابق ص ٣٣٣.

(٧) المغني ٥:٦٣، وذكر أبو الخطاب في صحة شرط التأقيت روايتان: إحداهما بالصحة والأخرى بعدمها. واختار أبو حفص العكبري القول بعدم الصحة. المصدر السابق. وانظر فيه حجة العكبري ورد ابن قدامة لها.

ويشترط في رأس المال:

١ ــ أن يكون دراهم أو دنانير.

اتفق الفقهاء على أن المضاربة جائزة بالدراهم والدنانير[١]، و اختلفوا في المضاربة بالعروض، والمضاربة في العروض كما يقول الإمام مالك تكون على أحد وجهين:

أحدهما: أن يقول المالك للمضارب: اشتر بهذه السلعة وبع، فإذا فرغت فابتع لي مثل عرضي الذي دفعت إليك، فإن فضل شيء فهو بيني وبينك، فهذه المضاربة لا تجوز، لما فيها من الغرر. يقول الإمام مالك في تعليل المنع: «لأن صاحب العرض قد يكون دفعه إلى العامل في زمن هو فيه نافق كثير الثمن، ثم يرده العامل حين يرده وقد رخص فيشتريه بثلث ثمنه أو أقل من ذلك، فيكون العامل قد ربح نصف ما نقص من ثمن العرض في حصته من الربح، أو يأخذ العرض في زمان ثمنه فيه قليل، فيعمل فيه حتى يكثر المال في يده، ثم يغلو ذلك العرض ويرتفع ثمنه حين يرده فيشتريه بكل ما في يده فيذهب عمله وعلاجه باطلا فهذا غرر لا يصح»[٢]، ولهذا لا تجوز المضاربة بما تختلف أسواقه، ويختص ببعض الأوقات نفاقه»[٣]، وقد منع هذه الصورة جمهور فقهاء الأمصار للمعنى الذي ذكره مالك[٤]، وجوزها ابن أبي ليلى[٥].

---

(١) ابن عابدين ٤:٦٦٧، وبداية المجتهد ٢:٢٣٦، والمهذب ١:٣٨٥، والمغني ٥:١٣، والمحلى ٨:٢٤٧.

(٢) الموطأ بهامش المنتقى ٥:١٦٥.

(٣) المنتقى ٥:١٦٦.

(٤) بداية المجتهد ٢:٢٣٦، والمحلى ٨:٢٤٧، والمهذب ١:٣٨٥.

(٥) الموطأ مع المنتقى ٥:١٦٥ و ١٦٦. وقارن بداية المجتهد ٢:٢٣٧، والشركات للأستاذ الخفيف ص ٦٩.

ثانيهما: أن يقول صاحب العرض: خذ هذا العرض فبعه، فما خرج من ثمنه فاشتر به وبع، وهذه الصورة لا تجوز أيضاً عند مالك؛ لأن صاحب المال كما يقول مالك: قد اشترط فضلاً لنفسه من بيع سلعته وما يكفيه من مؤنتها، فكأنه قارضه على ما بيعت به السلعة، وعلى بيع السلعة نفسها، فكان قراضاً ومنفعة[١].

واستدل الباجي على المنع بأن القراض هنا معلق على أمر مستقبل هو بيع العروض فلم يجز، كما لا يجوز تعليقه على هبوب الريح ونزول المطر، واستدل أيضاً بأنه عقد اجتمع فيه قراض وإجارة فلم يجز لاختلاف مقتضاهما[٢]، وزيادة على هذا فإن ما يبيع به المضارب السلعة مجهول فكأنه إنما قارضه على رأس مال مجهول[٣].

ومنعها الشافعي كذلك، لأن القراض عقد غرر، إذ العمل فيه غير مضبوط والربح غير موثوق به، وإنما يجوز للحاجة، فاختص بما يروج غالباً ويسهل التجارة به، وهو الأثمان[٤].

وتجوز عند الحنفية، لأن العامل يكون وكيلاً في بيع العرض، ثم مضارباً في الثمن بعد قبضه[٥]. وتجوز أيضاً عند الشيعة الزيدية، لأنه لا مانع عندهم من تعليق المضاربة بالمجهول[٦]. وتجوز عند الظاهرية بشرط أن يحدد صاحب العرض للعامل الثمن الذي يبيع به العرض[٧].

---

(١) الموطأ بهامش المنتقى ٥:١٦٥.

(٢) المنتقى ٥:١٦٦.

(٣) بداية المجتهد ٢:٢٣٧.

(٤) مغني المحتاج ٢:٣١٠.

(٥) ابن عابدين ٤:٦٦٧.

(٦) البحر الزخار ٤:٨١.

(٧) المحلى ٨:٢٤٧.

٢ ـ أن يكون معلوماً[1]، فلا تجوز المضاربة على مال مجهول القدر أو الصفة[2]، وتكفي الإشارة إليه عند الحنفية، والقول في قدره وصفته للمضارب بيمينه[3].

المضاربة بالجزاف:

تصح المضاربة بالجزاف عند الزيدية؛ لأنه معلوم، لكن لا بد من معرفة قدره قبل العمل فيه، لئلا يلتبس الربح برأس المال[4]، وهو مذهب الحنفية، والقول للعامل بيمينه في قدر المال؛ لأنه أمين رب المال فيقوم قوله مقام العلم برأس المال[5].

وقال الشافعي والحنابلة: لا تجوز المضاربة بالجزاف، فإن ضاربه على دراهم جزاف لم يصح؛ لأنه مجهول القدر، ومقتضى المضاربة رد رأس المال، وهذا لا يمكن فيما لا يعرف قدره[6].

المضاربة على هذا الكيس أو هذا:

تصح المضاربة عند الشيعة الزيدية على هذا الكيس أو هذا، لأن ذلك نوع من التعليق، والمضاربة يصح تعليقها بالمجهول[7]، وقال الشافعية: لا تصح ولو كان ما في الكيسين متساويا؛ لأن المحل غير معين[8].

(١) الشرح الكبير ٣: ٤٥٤، والمهذب ١: ٣٨٥، والمغني ٥: ٦٨، وتنوير الأبصار ٤: ٦٦٧.
(٢) المهذب ١: ٣٨٥.
(٣) الدر المختار ٤: ٦٦٨.
(٤) البحر الزخار ٤: ٨١.
(٥) الدر المختار ٤: ٦٦٨.
(٦) المهذب ١: ٣٨٥، والمغني ٥: ٦٨.
(٧) البحر الزخار ٤: ٨١.
(٨) مغني المحتاج ٢: ٣١٠، وفي المذهب قول بالجواز عند التساوي فيتصرف العامل في أيهما شاء.

ويشترط في الربح ما يأتي:

١ ـ أن يبين نصيب كل من المالك والمضارب[1]، فإن جهل نصيبهما فسدت المضاربة؛ لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه تفسد العقد[2]، ولو عقدا المضاربة على أن يكون الربح بينهما لم تصح عند الشافعية والزيدية؛ لأن نصيب كل منهما في الربح مجهول؛ لأن هذا القول يقع على التساوي وعلى التفاضل.

وقال الإمام يحيى: تصح المضاربة، ويكون الربح بينهما مناصفة؛ لأن ظاهر البينية النصف، وهو وجه للشافعية[3].

ولو قال رب المال للعامل: قارضتك على أن لي نصف الربح لم يصح على الصحيح عند الشافعية؛ لأن الربح كله لرب المال بالملك، وإنما يملك العامل جزءاً منه بالشرط، ولم يشرط له فبطل العقد، وللشافعية وجه آخر، أن القراض يصح، ويكون للعامل النصف؛ وذلك لأن الربح بينهما فإذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقي للعامل، وهذا واضح لا ينبغي أن يختلف عليه.

ولو قال: قارضتك على أن لك نصف الربح، ففيه وجهان أيضاً للشافعية: أحدهما يصح وهو الصحيح؛ لأن ما لرب المال لا يحتاج إلى شرط؛ لأنه يملكه بملك المال، وإنما الذي يحتاج إلى شرط ما للعامل، فإذا شرط للعامل النصف بقي الباقي على ملك رب المال.

والثاني: لا يصح؛ لأن ما لرب المال لم يبين[4]، وهذه مبالغة غير مستساغة في اشتراط تعيين الربح.

(١) البحر الزخار ٤: ٨٠، والمهذب ١: ٣٨٥، والشرح الكبير للدردير ٣: ٤٥٤، والمغني ٥: ٦٤، وتنوير الأبصار ٤: ٦٦٨.
(٢) تحفة الفقهاء ٣: ٢٥.
(٣) البحر الزخار ٤: ٨٠، والمهذب ١: ٣٨٥.
(٤) المهذب ١: ٣٨٥.

ولا تصح المضاربة عند الزيدية على ما يضارب به الناس، أو ما شرطه فلان؛ لعدم تعيين حصة العامل[1].

ولو عقدا المضاربة على أن يكون للعامل شرك أو جزء أو شيء من الربح فالمضاربة فاسدة عند المالكية؛ لجهالة الربح؛ لأن هذه الألفاظ تطلق على النصف وعلى الأقل منه والأكثر، وكذلك يكون العقد فاسداً لو سكتا عن بيان مقدار الربح بأن قال رب المال للعامل: خذ هذا المال وضارب به، هذا ما لم تكن هناك عادة تبين نصيب العامل، أو تعين الجزء، فإن وجدت تلك العادة عمل بها ولا يفسد العقد، وأما لو عقدا المضاربة على أن الربح مشترك بينهما فالعقد صحيح، لأن كلمة مشترك تفيد التساوي عرفاً فلا جهل فيه[2].

٢ ــ أن يكون نصيب كل من المالك والمضارب مقداراً شائعاً في الربح[3] كأن يكون لكل من المالك والمضارب نصف الربح، أو لأحدهما ثلثه، وللآخر ثلثان ونحو ذلك.

فلا يصح اشتراط مقدار معلوم لأحدهما، كخمسين جنيهاً للمضارب في الشهر أو عشرة في المائة للمالك من رأس ماله، لأن الربح قد لا يزيد على ما جعل لأحدهما فيستأثر بالربح كله، والمضاربة لا تتحقق إلا بالاشتراك في الربح[4]، لأن المضاربة من عقود المشاركات، ومبنى المشاركات على العدل بين الشريكين، فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن هذا عدلاً، بخلاف ما إذا كان لكل منهما جزء شائع فإنهما يشتركان في المغنم والمغرم[5].

(١) البحر الزخار ٤: ٨٢.
(٢) الشرح الكبير للدردير ٣: ٤٥٦.
(٣) الشرح الكبير للدردير ٣: ٤٥٤، وتنوير الأبصار ٤: ٦٦٨.
(٤) المهذب ١: ٣٨٥.
(٥) القياس لابن تيمية ص ٨.

جاء في المغنى: «قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة. . .».

قال ابن قدامة: وإنما لا يصح ذلك لمعنيين:

أحدهما: أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل ألا يربح غيرها، فيحصل على جميع الربح، واحتمل ألا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً، وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم.

ثانيهما: إن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء فسدت، كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به، ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح، لعدم فائدته فيه، وحصول نفعه لغيره، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح[1].

حالة يصح فيها اشتراط مبلغ محدد:

قلنا إنه لا يصح اشتراط مبلغ محدد من الربح لرب المال أو للعامل، لأنه قد يؤدي إلى عدم الاشتراك في الربح، وهو شرط لتحقق المضاربة؛ ولذا إذا كان اشتراط المبلغ المحدد لا يترتب عليه عدم الاشتراك في الربح، فإنه يجوز، وذلك كما لو اشترط رب المال أو العامل أن يكون له مائة جنيه إن زاد الربح عليها، ويكون الباقي بينهما مناصفة مثلا.

جاء في البحر الزخار: «فإن قال أحدهما على أن لي عشرة إن ربحنا أكثر منها أو ما يزيد عليها صحت، ولزم الشرط، إذ لا مقتضى للفساد»[2].

أما لو شرط لأحدهما مائة من الربح، والباقي مناصفة فلا يجوز؛ لأن هذا

(١) المغني ٥: ٨٣٤.
(٢) البحر الزخار ٤: ٨٢.

الشرط قد يؤدي إلى عدم الاشتراك في الربح[١].

اشتراط ربح مبلغ معين لكل منهما:

ولا تصح المضاربة إذا جعل لكل من رب المال والعامل ربح مبلغ معين كأن يكون مال المضاربة ألفين فيجعل لرب المال ربح هذه الألف، وللعامل ربح الألف الأخرى، كما لا تجوز إذا جعل لأحدهما ربح سفرة، وللآخر ربح السفرة الثانية، أو جعل لأحدهما ربح سنة وللآخر ربح سنة؛ لأن هذا قد يؤدي إلى عدم الاشتراك في الربح فقد يربح في حالة دون حالة[٢].

هذا وأكتفى بهذا القدر من التطبيقات؛ لأن فيه التأييد الكافي للقاعدة التي قررناها في أول هذا الفصل وهي: أن الغرر يؤثر في سائر عقود المعاوضات المالية قياساً على عقد البيع.

• • •

(١) المهذب ١: ٣٨٥ ـ ٣٨٦.

(٢) المغني ٥: ٣٤.

الفصل الثاني

أثر الغرر في عقود التبرعات

مذهب المالكية:

لا أثر للغرر في عقود التبرعات:

يمتاز المذهب المالكي عن سائر المذاهب بأن فيه قاعدة عامة بالنسبة للغرر في عقود التبرعات وهي: «أن جميع عقود التبرعات لا يؤثر الغرر في صحتها» وقد قرر هذه القاعدة القرافي بوضوح حيث يقول:

«. . . وقد فصل مالك بين قاعدة ما يجتنب فيه الغرر والجهالة. . . وقاعدة ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة. . . . وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام، طرفان وواسطة، فالطرفان أحدهما: معاوضة صرفة، فيجتنب فيها ذلك إلا ما دعت الضرورة إليه عادة. . . وثانيهما: ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة. . . فإن هذه التصرفات إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه؛ لأنه لم يبذل شيئاً بخلاف القسم الأول إذا فات بالغرر والجهالة ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه، أما الإحسان الصرف فلا ضرر فيه، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله، فإذا وهب له بعيره الشارد جاز أن يجده فيحصل له ما ينتفع به،

ولا ضرر عليه إن لم يجده؛ لأنه لم يبذل شيئاً، وألحق مالك الخلع بهذا الطرف؛ لأن العصمة وإطلاقها ليست من باب ما يقصد للمعاوضة، بل شأن الطلاق أن يكون بغير شيء فهو كالهبة ثم إن الأحاديث لم يرد فيها ما يعم هذه الأقسام حتى نقول: يلزم منه مخالفة نصوص صاحب الشرع، بل إنما وردت في البيع ونحوه.

وأماالواسطة بين الطرفين فهو النكاح...»[1].

ابن تيمية يوافق المالكية:

وافق ابن تيمية المالكية في رأيهم بالنسبة لتأثير الغرر في العقود، فقرر أن الغرر يؤثر في عقود المعاوضات، ولا يؤثر في عقود التبرعات[2].

المذاهب الأخرى:

لم أر قاعدة عامة في غير مذهب مالك بالنسبة لتأثير الغرر أو عدم تأثيره في عقود التبرعات، غير أن الفقيه المالكي القرافي يذكر عن الشافعي: أنه يمنع الغرر في جميع التصرفات، وذلك في أثناء تقريره لمذهب مالك فيقول: «وردت الأحاديث الصحيحة في نهيه ﷺ عن بيع الغرر وعن بيع المجهول، واختلف العلماء بعد ذلك، فمنهم من عممه في التصرفات، وهو الشافعي، فمنع من الجهالة في الهبة، والصدقة، والإبراء، والخلع، والصلح وغير ذلك»[3].

ويوافق ابن تيمية القرافي فيقول عن الشافعي: «... وقاس على بيع الغرر جميع العقود من التبرعات والمعاوضات...»[4].

---

(١) الفروق للقرافي ١:١٥٠ ــ ١٥١، الفرق الرابع والعشرون، مع قليل من التصرف. وستتحدث عن النكاح في الفصل الثالث.

(٢) فتاوي ابن تيمية ٣:٣٤٢ ــ ٣٤٣.

(٣) الفروق للقرافي ١:١٥٠.

(٤) القواعد النورانية الفقهية ص ١٢٢ و ٢١٦، وانظر أيضاً المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٥٨١، ففيه: «أن الشافعية يشترطون تعيين المحل بما يرفع الجهالة المنفية للغرر في عقود التبرعات والمعاوضات».

ولا أريد أن أثبت أو أنفي ما قاله هذان العالمان الجليلان عن مذهب الشافعي في هذه المرحلة من البحث، ولكن مما لانزاع فيه أن جميع المذاهب - غير مذهب مالك ــ تجعل للغرر تأثيراً على عقود التبرعات على اختلاف بينهم في مدى هذا التأثير.

وسأبحث فيما يلي عقدين من عقود التبرعات هما: الهبة، والوصية، لتستبين لنا وجهة نظر الفقهاء في هذا الموضوع.

الهبة[1]

الهبة هي تمليك العين مجاناً حال الحياة[2]، ولا خلاف في جوازها[3].

المالكية:

لا تأثير للغرر على صحة الهبة عند المالكية:

يقرر فقهاء المالكية هذه الحقيقة بعبارات واضحة فيقول ابن رشد: «ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة كل ما لا يصح بيعه في الشرع من جهة الغرر[4]».

ويقول ابن جزي: «وتجوز هبة ما لا يصح بيعه كالعبد الآبق، والبعير الشارد والمجهول، والثمرة قبل بدو صلاحها، والمغصوب»[5].

---

(١) نتكلم عن هبة العين لغير الثواب، وهي النوع الذي ينصرف إليه اللفظ عند الإطلاق. وانظر أنواع الهبات في بداية المجتهد ٢:٣٣١ ــ ٣٣٠.

(٢) مغني المحتاج ٢:٣٩٦، وابن عابدين ٤:٦٩٩.

(٣) بداية المجتهد ٢:٣٣١.

(٤) بداية المجتهد ٢:٣٢٩.

(٥) القوانين الفقهية ص٣٥٢، وانظر أيضاً المدونة ١٥:١١٩ و ١٢٠ و ١٢٢ و١٢٣ و ١٢٤، والدسوقي على الشرح الكبير ٤:٩٩.

الإباضية:

مذهب الإباضية قريب من مذهب المالكية فقد جاء في شرح كتاب النيل: أن الهبة تصح في كل مملوك[1]، وجاء فيه أيضاً: أن هبة ما في بطن البهيمة جائز[2]، وجاء في موضع آخر منه: أن هبة المجهول تجوز عند كثير من علمائهم؛ لأن الهبة تحتمل ما لا يحتمله البيع من وجوه الغرر[3]، وفي المذهب أقوال أخرى في هبة المجهول[4]، والقول بالصحة هو الذي يتفق مع قولهم إن الهبة تصح في كل مملوك، والواقع أن هذا الضابط يجعل أكثر أوجه الغرر المؤثرة في البيع غير مؤثرة في الهبة.

الشافعية:

يؤثر الغرر في الهبة كما يؤثر في البيع:

ويرى فقهاء الشافعية عكس ما يراه فقهاء المالكية تماماً، فالقاعدة العامة عندهم: أنه يشترط في الموهوب ما يشترط في البيع، يقول النووي: «وما جاز بيعه جاز هبته، وما لا كمجهول ومغصوب وضال فلا»[5].

---

(١) شرح كتاب النيل ٦: ٣.

(٢) المصدر السابق ٦: ١٣.

(٣) المصدر السابق ٦: ٨.

(٤) قال ابن عبد العزيز: لا تجوز الهبة إلا في المعلوم، وقال بعض علمائهم: تجوز الهبة في المعلوم بالوصف، ولا تجوز في المجهول من كل وجه. شرح كتاب النيل ٦: ١٣. وهذا الرأي الثاني قريب مما جاء في نفس الكتاب في باب الوصية من أن الجهل الذي يجوز في الهبة هو الجهل الذي يزول، لأنه قد قارنه ما يميز به مثل أن يقول: وهبت لك ما في الغرفة، فإن الغرفة يمكن دخولها، والعلم بما فيها، ومثل أن يقول: وهبت لك ما في ذمة فلان فيقبل، ولا يدري كم فيها، وبعد ذلك يتبين، لأن في ذلك طرفاً من العلم، أما الجهل المحض فلا يجوز في الهبة، فلو قال: وهبت لك سهماً من مالي، أو جزءاً منه، لا تصح الهبة. المصدر السابق ٦: ٣٦٣.

(٥) المنهاج مع مغني المحتاج ٢: ٣٩٩.

ويقول الشيرازي: وما لا يجوز بيعه من المجهول، وما لا يقدر على تسلميه، وما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض لا تجوز هبته؛ لأنه عقد يقصد به تمليك المال في حال الحياة فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع[1].

والجامع بين الهبة والبيع أن كلاً منهما تمليك في حال الحياة[2].

استثناءات:

استثنى الشافعية من قاعدة «ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته» حالات قليلة لا يجوز فيها البيع للغرر، وتجوز فيها الهبة. أهمها:

١ ــ تجوز هبة الثمار قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع، ويكلف المتهب بالقطع إذا طلبه الواهب وإن لم يكن منتفعاً به.

٢ ــ لو اختلط حمام برجين فوهب صاحب أحدهما نصيبه للآخر فإن الهبة تصح على الصحيح، وإن كان الموهوب مجهول القدر والصفة للضرورة.

٣ ــ المعتمد في مذهب الشافعية في توزيع التركة إذا كان بين الورثة خنثى أن يعامل الخنثى ومن معه بأسوأ الحالين، ويوقف ما بقي إلى أن يتبين حال الخنثى، أو يتصالح الورثة بتساو أو بتفاوت، ولا بد أن يجري بينهم تواهب، ويصح هذا التواهب مع الجهل بالموهوب للضرورة[3].

ولا يجوز عند الشافعية تعليق الهبة على شرط مستقبل؛ لأنها كما يقول الشيرازي: عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع[4].

---

(١) المهذب ١: ٤٥٢.

(٢) مغني المحتاج ٢: ٣٩٩.

(٣) المصدر السابق، ونهاية المحتاج، مع حاشية الشبراملسي ٥: ٢٩٩، وانظر فيها باقي المستثنيات، وانظر أيضاً الميراث في الشريعة الإسلامية للمؤلف ص ١٩٥.

(٤) المهذب ١: ٤٥٢.

وهذا مردود بالحديث، فعن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: لما تزوج النبي ﷺ أم سلمة قال لها: إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة، فإن ردت علي فهي لك، قالت: وكان كما قال رسول الله ﷺ وردت عليه هديته، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة[1].

الشيعة الزيدية:

والشيعة الزيدية كالشافعية يشترطون في الموهوب ما يشترط في المبيع، يقول المرتضى: وما يصح بيعه صحت هبته اتفاقاً إذ هي تمليك، وما لا فلا»[2].

ولا يصح عندهم تعليق الهبة بالشرط المستقبل كالشافعية[3].

الظاهرية:

يتفق الظاهرية مع الشافعية والزيدية في منع هبة المجهول والمعدوم، ويعللون ذلك بأن هبة المجهول من أكل المال بالباطل، وبأن المعدوم ليس بشيء، فمن وهب معدوماً فإنه لم يهب، يقول ابن حزم: «لا تجوز هبة إلا في موجود، معلوم، معروف القدر والصفات والقيمة، وإلا فهي باطلة مردودة، وكذلك ما لم يخلق بعد كمن وهب ما تلد شاته... أو ما يحمل شجره العام... لأن المعدوم ليس شيئاً... والهبة تقتضي موهوباً، فمن وهب معدوماً لم يهب شيئاً... وقد حرم الله على لسان رسوله ﷺ أموال الناس إلا بطيب أنفسهم، ولا يجوز أن تطيب النفس على ما لا تعرف صفاته، ولا ما هو ولا ما قدره، ولا ما يساوي، وكذلك من وهب شيئاً غير معين من جملة أشياء كمن يهب درهماً من هذه الدراهم، أو دابة

(١) روى هذا الحديث أحمد وأخرجه أيضاً الطبراني والحاكم وإسناده حسن. نيل الأوطار ٦:١٠٠ و ١٠٢.

(٢) البحر الزخار ٤:١٣٣.

(٣) المصدر السابق ٤:١٣٢.

من هذه الدواب، أو رطلاً من هذا الدقيق، سواء في ذلك ما اختلفت أبعاضه أو لم تختلف، فهذا كله باطل؛ لما ذكرنا»[1].

وينبغي أن ننبه إلى أن الظاهرية لا يمنعون الهبة في هذه الحالات للغرر قياساً على البيع، كما يرى الشافعية والزيدية، وإنما يمنعونها للمعاني التي ذكرناها، لأنهم لا يقولون بالقياس، فلا محل إذن للكلام عن تأثير الغرر عندهم في غير عقد البيع، إذا التزمنا التقيد بأصولهم، أما إذا سرنا على الضوابط التي وضعناها للغرر فإنا نستطيع أن نقرر أن الغرر يؤثر في عقد الهبة عند الظاهرية.

الحنفيـة:

تأثير الغرر في الهبة أخف قليلاً من تأثيره في البيع:

لم أر للحنفية قاعدة عامة بالنسبة لتأثير الغرر في الهبة أو عدم تأثيره، كما رأينا ذلك عند المالكية والشافعية والزيدية، ولكن يظهر من تتبع أحكام الهبة عند الحنفية أن الغرر يؤثر فيها إلى درجة كبيرة، مما يجعل مذهبهم قريباً من مذهب الشافعية والزيدية، ولكن مما لا شك فيه أن تأثير الغرر في الهبة أخف عندهم على وجه العموم من تأثيره في البيع[2].

يؤيد ذلك أن الحنفية يشترطون في صيغة الهبة ألا تكون مضافة، كما يشترطون ذلك في البيع، فلو قال: وهبتك هذا القلم أول الشهر القادم لا تصح الهبة، أما التعليق فقد اختلفت عبارات الفقهاء في حكم الهبة معه، فقال بعضهم: لا تصح الهبة مع التعليق كالبيع، وقال آخرون: تصح إذا علقت بالشرط الملائم دون غيره[3].

(١) المحلى ٩:١١٦ و ١٥٢ بتصرف.

(٢) انظر المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٥٨١.

(٣) ابن عابدين ٤:٣١٤ و ٣٢٢ و ٣١٧، والبدائع ٦:١١٨.

ويشترطون أيضاً أن يكون الموهوب معلوماً ومعيناً فلو قال: وهبتك شيئاً من مالي لا يصح للجهل بالموهوب، ولو قال: وهبتك أحد هذين الفرسين لا يصح أيضاً؛ لعدم تعيين الموهوب[1].

ولكن يبدو أن الحنفية يغتفرون من الغرر الناشيء عن الجهالة في الهبة ما لا يغتفرونه في البيع، من ذلك ما جاء في تنوير الأبصار: «ولا تصح هبة لبن في ضرع، وصوف على غنم... ولو فصله وسلمه جاز» ويعللون المنع بأن هذه الأشياء في حكم المشاع، فلو فصلت وسلمت فقد زال المانع[2]، مع أنا قد رأينا أن بيع اللبن في الضرع لا يجوز؛ لما فيه من الغرر[3] ومثله بيع الصوف على ظهر البهيمة.

ويشترطون كذلك وجود الموهوب وقت الهبة فلا تصح هبة عنب بستان قبل ظهوره، ولا ولد بهيمة لم يولد، كما لا تصح هبة دقيق في بر، ودهن في سمسم، وسمن في لبن، وإن سلمها مفرزة؛ لأنها معدومة حكماً، وكذلك لا تصح هبة الحمل ولو سلم بعد الولادة؛ لأن في وجوده احتمالاً فصار كالمعدوم[4].

والظاهر أن في اشتراط القدرة على التسليم خلافاً بين فقهاء الحنفية، فقد جاء في ابن عابدين: «رجل أضل لؤلؤة فوهبها لآخر، وسلطه على طلبها، وقبضها متى وجدها، قال أبو يوسف: هذه هبة فاسدة؛ لأنها على خطر، والهبة لا تصح مع الخطر، وقال زفر: تجوز»[5].

(١) المجلة العدلية، مادة (٨٥٨)، وانظر مجمع الضمانات ص ٣٣٨.

(٢) ابن عابدين ٤: ٧٠٥.

(٣) انظر ص٢٧١.

(٤) المجلة العدلية، مادة (٨٥٦)، والبدائع ٦: ١١٩، وابن عابدين ٤: ٦٧٥. ويفرق الحنفية بين الهبة والوصية حيث جازت الوصية بالمعدوم، ولم تجز الهبة بأن الهبة تمليك للحال، وتمليك المعدوم محال، والوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت. البدائع ٦: ١١٩.

(٥) ابن عابدين ٤: ٧٠٠، وانظر أيضاً مجمع الضمانات ص ٣٣٩.

ومن مظاهر هذا الخلاف أيضاً اختلاف أبي يوسف ومحمد في صحة هبة المشتري المبيع المنقول قبل قبضه مع اتفاقهما على منع بيعه[1]، فقد قال محمد: إن المشتري إذا وهب المنقول قبل قبضه وأمر الموهوب له بالقبض من البائع فقبضه فالهبة صحيحة؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، فإذا أمر المشتري الموهوب له بالقبض فقد أنابه مناب نفسه في القبض فصار بمنزلة الوكيل له، فإذا قبض بأمره يعتبر قابضاً عنه أولاً بطريق النيابة، ثم يصير قابضاً لنفسه فتتم الهبة.

وقال أبو يوسف: لا تصح الهبة، كما لا يصح البيع؛ لأن العلة التي من أجلها منع البيع قبل القبض وهي الغرر، موجودة هنا، فإن غرر الانفساخ بالهلاك لا يؤمن إلا بالملك المطلق، وهو ملك الرقبة واليد معاً[2].

فأبو يوسف يسير حسب القاعدة التي ذكرتها في الكلام عن بيع المشتري المنقول قبل قبضه وهي «كل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل قبضه فالتصرف فيه غير جائز» أمامحمد فقد استثنى من هذه القاعدة كل تصرف لا يتم إلا بالقبض، كالهبة والصدقة والرهن والقرض للمعنى الذي ذكرته[3].

الحنابلة:

الحنابلة كالحنفية يؤثر الغرر عندهم في الهبة، ولكن بدرجة أخف من تأثيره في البيع، فلا يصح عندهم تعليق الهبة على شرط مستقبل، كإذا جاء رأس الشهر[4] أو قدم فلان فقد وهبتك كذا، كما لم يصح تعليق

(١) انظر ص٣٥١.

(٢) البدائع ٥: ١٨٠، وابن عابدين ٤: ٢٢٥.

(٣) أورد ابن عابدين على القاعدة الأصلية والقاعدة المستثناة العتق والتدبير، فلو أعتق المشتري المبيع أو دبره قبل قبضه يصح اتفاقاً مع أن كلاً منهما يتم قبل القبض، وهو تصرف ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض. ابن عابدين ٤: ٣٢٥.

(٤) هكذا مثل البهوتي، وهو تمثيل شائع عند الشافعية أيضاً للتعليق. انظر المجموع ٩: ٣٤٠.

البيع[١]، وكذلك لا يصح توقيتها، فلو قال: وهبتك هذا سنة لا تصح؛ لأنها تمليك عين فلا توقت كالبيع[٢].

وهبة المجهول لا تصح عند الحنابلة فلا تجوز هبة الحمل في البطن، واللبن في الضرع، كما لا يجوز أن يقول: وهبتك شاة من غنمي. ويستثنى من هذا الحكم المجهول المتعذر علمه، وذلك كما لو اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز فوهب أحدهما ماله للآخر، فإن الهبة تصح[٣]. وذكر ابن قدامة عبارة تفيد أن الجهل المفسد للهبة هوجهل الواهب، أما جهل الموهوب له وحده فلا يمنع صحة الهبة وهذا نص عبارته: «ويحتمل أن الجهل إذاكان في حق الواهب منع الصحة؛ لأنه غرر في حقه، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها؛ لأنه لا غرر في حقه فلا يعتبر في حقه العلم بما يوهب له كالموصى له»[٤].

ولا يصح عندهم هبة المعدوم، فهبة ما تثمره الشجرة وما تلده البهيمة لا تجوز؛ لأن الهبة ـ كما يقول ابن قدامة ـ عقد تمليك في الحياة فلم تصح في هذا كله كالبيع[٥]، ولأن المعدوم ـ كما يقول البهوتي ـ ليس بشيء فلا يقبل العقد[٦].

---

(١) كشاف القناع ٤ :٢٥٨، والمغني ٥ :٥٩٩، ويؤول الحنابلة قول الرسول ﷺ لأم سلمة في الحلة المهداة إلى النجاشي: «إن رجعت إلينا فهي لك»، على أنه عدة لا هبة، وهو تأويل متكلف.

(٢) المصدر السابق، ويستثنى من بطلان الهبة مع التوقيت العمري والرقبى فيصحان مع أنهما هبة مؤقتة بعمر الواهب أو الموهوب له، ولكن ينتقل بهما الملك إلى الموهوب له، أي يبطل شرط التوقيت، وتكون تمليكاً مطلقاً، وانظر أحكامهما في المغني ٥ :٦٢٤ ـ ٦٢٨.

(٣) كشاف القناع ٤ :٢٥١ و ٢٥٧ و ٢٥٨.

(٤) المغني ٥ :٢٩٨.

(٥) المغني ٥ :٢٩٨.

(٦) كشاف القناع ٤ :٢٥٨.

ولا تصح كذلك هبة ما لا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد والطير في الهواء والسمك في الماء؛ لأن ذلك ـ كما يقول البهوتي ـ لا يتأهل للقبض والقبض من ماهية العقد.

وكذلك لا تصح هبة المرهون والمغصوب لمن لا يقدر على أخذه من غاصبه[١].

القانـون:

تنص المادة (٤٩٢) من التقنين المدني المصري على ما يأتي:

«تقع هبة الأموال المستقبلة باطلة» وهذا يعني أن القانون يشترط أن يكون الشيء الموهوب موجوداً وقت الهبة، فلا يجوز أن يهب شخص لآخر ما تنبته أرضه، أو ما تلده بهيمته.

وهبة المال المستقبل باطلة بطلاناً مطلقاً، لا تلحقها الإجازة، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللقاضي أن يحكم به من تلقاء نفسه[٢].

وهذا الحكم استثناء من القاعدة العامة في القانون التي تقضي بجواز التعامل في الشيء المستقبل[٣] سببه أن القانون أخذ أحكام الهبة من الفقه الإسلامي وخاصة المذهب الحنفي[٤]، وقد جاء في الوسيط أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي تشير إلى أن بطلان هبة المال المستقبل تطبيق لأحكام الشريعة الإسلامية

---

(١) كشاف القناع ٤ :٢٥٨، والمغني ٥ :٥٩٧، وذكر ابن قدامة احتمالاً في صحة بيع ما لا يقدر على تسليمه، وذلك بناء على القول بأن القبض ليس بشرط في الهبة، تشبيهاً للهبة بالوصية، لأن كلاً منهما تمليك بغير عوض.

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري ٥ :١١٧.

(٣) راجع ص٤٠٠.

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ :٢٤١، ٢٦٠.

في مبدئها العام الذي يقضي بعدم جواز التعامل في المعدوم، ولكن قصر التطبيق هنا على الهبة دون المعاوضات حيث أجيز التعامل في الشيء المستقبل لإزالة العوائق عن التعامل العادي[1].

ولست أدري، لماذا تزال العوائق عن التعامل العادي ولا تزال عن الهبة؟ أليست الهبة من التعامل العادي بين الناس؟ ثم إن القول بأن المبدأ العام في الشريعة الإسلامية عدم جواز التعامل في المعدوم قول لا يتفق مع الفهم الصحيح لرأي الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، فقد سبق أن بينا أنه ليس في الشريعة الإسلامي النهي عن التعامل في المعدوم، وإنما فيها النهي عن بيع المعدوم الذي يحتوي على غرر ممنوع[2].

ويقول الدكتور السنهوري: إن السبب في منع هبة المال المستقبل يرجع إلى ما تنطوي عليه هبة المال المستقبل من خطر، فإن الواهب يندفع إلى هبة مال مستقبل أكثر مما يندفع إلى هبة مال حاضر، فأراد المشرع أن يحميه من هذا الاندفاع بإبطال هبته[3].

وأقول: إن الخطر موجود في بيع المال المستقبل، كما هو موجود في هبته، وضرر هذا الخطر في البيع أوضح وآكد منه في الهبة، فلم لم يحم المشرع البائع والمشتري من التعرض لذلك الخطر؟.

إني أرى أن المشرع بأخذه هذا الحكم من المذهب الحنفي قد أحدث استثناء لا مبرر له، ترتب عليه عدم انسجام في أحكام القانون، فإن القانون الذي يجيز بيع الأشياء المستقبلة، مع ما في ذلك من غرر، لا يصح أن يمنع هبة الأشياء

(١) الوسيط للدكتور السنهوري ٥: ١١٧ هامش.

(٢) راجع ص٣٦٩-٣٧٤.

(٣) الوسيط ٥: ١١٧.

المستقبلة، وبالرغم من أني لا أوافق على مسلك القانون في تجويز بيع الأشياء المستقبلة من غير تقييد، فإني أرى أن القانون لو أخذ في هبة الأشياء المستقبلة بمذهب المالكية فجوزها لجاءت أحكامه منسجمة مع نفسها على الأقل، ومتفقة مع الرأي الصحيح في الشريعة الإسلامية.

هذا بالنسبة لوجود الشيء الموهوب، أما بالنسبة لتعيينه فيسري عليه ما يسري على المبيع، لأن الأحكام العامة في القانون بالنسبة لتعيين المحل تطبق على البيع، كما تطبق على الهبة[1]، فالقانون في هذا يوافق رأي جمهور الفقهاء، ويخالف رأي المالكية، وقد بينا أن رأي المالكية أولى بالاتباع.

النتيجة:

يتبين من هذا العرض أن الغرر لا أثر له في صحة الهبة عند المالكية، وأنه يؤثر في صحة الهبة، كما يؤثر في صحة البيع عند الشافعية، والشيعة الزيدية، أما سائر المذاهب فلم تلتزم قاعدة مضطردة، ولكن الأحكام الفرعية تجعل مذهب الحنفية والحنابلة قريباً من الشافعية، وتجعل مذهب الإباضية قريباً من مذهب المالكية.

ولا شك في أن مذهب المالكية أرجح المذاهب في هذا الموضوع؛ لأن الغرر في الهبة لا يفضي إلى منازعة، وليس فيه أكل للمال بالباطل، وهي العلة التي من أجلها منع في البيع، فلا وجه إذن لقياس الهبة على البيع.

أما القانون فقد جعل تأثير الغرر في الهبة أكثر من تأثيره على البيع مخالفاً في ذلك جميع المذاهب الفقهية.

(١) العقود المسماة للدكتور محمد كامل مرسي ٢: ٤٠.

الوصيـــة

تعريفهـا:

الوصية هي: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع[١].

أثر الغرر فيها:

يغتفر من الغرر في الوصية ما لا يغتفر في البيع عند جميع الفقهاء.

فعند الحنفية الشرط في الموصى به أن يكون قابلاً للتمليك، بعد موت الموصي بعقد من العقود[٢]، فتصح عندهم الوصية بما تثمر نخيله، وإن كان الموصى به معدوماً وقت العقد؛ لأن يقبل التمليك بعقد المساقاة، وعند موت الموصي يأخذ الموصى له الثمرة الموجودة وقت الموت، ولا يأخذ ما يوجد بعد ذلك إلا إذا قرن الموصي وصيته بما يفيد التأبيد بأن قال: أوصيت بثمرة بستاني لفلان أبداً، فللموصي له ما يوجد من الثمر طول حياته[٣].

كما تصح الوصية بالولد في البطن ــ الحمل ــ وبلبن البهيمة وصوفها ويكون للموصي له ما وجد من هذه الأشياء عند موت الموصي فقط، ولو كانت الوصية مقرونة بما يفيد التأبيد. ويفرق الحنفية بين الوصية المؤبدة بالثمرة، والوصية

---

(١) ابن عابدين ٥:٥٦٨، وانظر الوصايا للأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور ص ٢٥٤ ــ ٢٥٩.

(٢) ابن عابدين ٥:٥٧٠، وانظر الوصايا للأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور ص ٣٦٨.

(٣) ابن عابدين ٥:٦٠٨، والميراث والوصية للأستاذ زكريا البرديسي ص ١٢٤، وفي الفتاوي الهندية أنه إذا لم تكن في البستان ثمار قائمة عند الموت يكون للموصي له ما يحدث بعد الموت إلى أن يموت هو، ولو لم تكن الوصية مؤبدة، وهذا استحسان، والقياس أن تبطل الوصية، ولا تنصرف إلى ما يحدث بعد الموت. الفتاوي الهندية ٦:١٣٤، وقارن المادة (٥٥) من قانون الوصية.

المؤبدة بالحمل، واللبن، والصوف، أن القياس ــ كما يقول ابن عابدين: يأبى تمليك المعدوم، إلا أن الثمرة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها بالمعاملة، فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق الأولى؛ لأن بابها أوسع، أما الولد واللبن والصوف المعدوم، فلا يجوز إيراد العقد عليها أصلاً، ولا تستحق بعقد ما، فلا تدخل في الوصية، وذلك بخلاف الموجود منها فإنه يستحق بعقد البيع تبعاً، وبعقد الخلع مقصوداً، فكذا بالوصية، ولهذا قالوا: لا تصح الوصية بما تلده أغنامه؛ لأنه لا يقبل التمليك بعقد من العقود[١]. وكما جاز الوصية بالمعدوم في الصور التي ذكرناها، تجوز عند الحنفية أيضاً الوصية بالمجهول فتجوز الوصية بجزء أو سهم أو نصيب أو بعض من ماله، ويكون البيان للورثة، فيقال لهم: أعطوه ما شئتم؛ لأن الوصية «لا تمتنع بالجهالة، والورثة قائمون مقام الموصي فكان إليهم بيانه»[٢] ويصح تعليق الوصية وإضافتها؛ لأنها لا تفيد أثرها إلا بعد الموت، فهي مضافة بطبيعتها[٣].

وعند المالكية تصح الوصية بالمعدوم، فيجوز أن يوصي بما تلده غنمه[٤]، كما تصح بالمجهول، فلو قال: أوصيت لفلان بجزء أو سهم من مالي صحت الوصية، ويعطي الموصى له سهماً من أصل الفريضة، هذا إذا كان للميت ورثة أما إذا لم يكن له ورثة فللموصي له سهم من ستة عند ابن القاسم وسهم من ثمانية عند أشهب[٥].

---

(١) ابن عابدين ٥:٥٧٣ و ٥٧٠ و ٦٠٩.

(٢) ابن عابدين ٥:٥٨٨، والوصايا للأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور ص ٣٨٠.

(٣) ابن عابدين ٤:٣١٧ و ٣٢٣، وانظر أيضاً الأستاذ الدكتور محمد سلام مذكور ص ٩٩ و ٣٠٨ ــ ٣٠٩.

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ٤:٤٣٣.

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ٤:٤٤٧.

ولو قال: أوصيت لفلان بشاة من غنمي صحت الوصية أيضاً، وشارك الموصى له الورثة بنسبة الجزء الذي أوصى به إلى الموصي فيه، فلو كان له في المثال السابق عشرة يوم التنفيذ كان الموصى له شريكاً بالعشر ــ هذا إذا كان للموصي غنم يوم الوصية، أما إذا لم يكن له غنم فللموصي له قيمة شاة وسط[1].

وعند الشافعية تصح الوصية بالمجهول، كالحمل، واللبن في الضرع، وشاة من غنمه، وجزء من ماله، ويعطي الورثة الموصى له ما شاءوا، وتصح بما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الآبق؛ لأن الموصى له، كما يقول الشيرازي: «يخلف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في ثلثيه، فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له»؛ ولأن الوصية ــ كما يقول النووي: تقبل الغرر والجهالة.

وتصح الوصية بالمعدوم على الأصح، فإن أوصى بما تلده البهيمة أو بما تثمره الشجرة جاز؛ لأن الوصية احتمل فيها وجوه من الغرر رفقاً بالناس وتوسعة، فتصح بالمعدوم كما تصح بالمجهول؛ ولأن المعدوم يصح تملكه بعقد السلم والمساقاة والإجارة، فكذا بالوصية. وقال بعض فقهاء الشافعية: لا تصح الوصية بالمعدوم ، لأن التصرف يستدعي متصرفاً فيه ولم يوجد[2].

ويجوز تعليق الوصية على شرط في الحياة؛ لأنها تجوز في المجهول فجاز تعليقها بالشرط، ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت؛ لأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة[3].

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٤ : ٤٣٩ ــ ٤٤٠، وانظر المدونة ١٥ : ٢ ــ ٦.

(٢) المهذب ١ : ٤٥٨، والمجموع ٩ : ٣٢٨، ومغني المحتاج ٣ : ٤٥، وانظر أيضاً الأم ٤ : ١٩ و ٢٠ ــ ٣٩.

(٣) المهذب ١ : ٤٥٨.

وتصح عند الحنابلة الوصية بالمجهول، فلو قال: أوصيت لفلان بجزء أو نصيب أو شيء من مالي صحت الوصية، ويعطي الورثة الموصى له ما شاءوا، كما تصح الوصية لو قال: أوصيت لفلان بسهم من مالي ويعطى الموصى له في هذه الحالة السدس في إحدى الروايات عن أحمد، والرواية الثانية يعطي سهماً مما تصح منه الفريضة، ما لم يزد على السدس، والرواية الثالثة يعطي أقل سهم من سهام الورثة، ما لم يزد على السدس أيضاً، وإذا كان الموصى به غير معين كما إذا قال: أوصيت بشاة من غنمي صحت أيضاً ويستحق الموصى له شاة بالقرعة[1]، كما تصح بالمعدوم فلو قال: أوصيت لك بما تثمره نخلتي هذه، أو بما تلده ناقتي صح؛ لأن الوصية تصح مع الغرر؛ ولأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة، فجاز أن يملك بالوصية[2].

وتصح أيضاً بما لا يقدر على تسليمه كالآبق والشارد والطير في الهواء والحمل في البطن، واللبن في الضرع؛ لأن الوصية ــ كما يقول ابن قدامة ــ إذا صحت بالمعدوم فبغيره أولى؛ ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث، وهذا يورث فيوصي به[3].

وتصح عند الشيعة الزيدية الوصية بالمجهول قدراً وجنساً، كثمار الشجر ومنافع البهيمة وجميع ما يكتسبه من تجارة، ويعللون ذلك بأن الموصى له كالخليفة للميت فيما جعل له في تركته فأشبه الوارث، وكما يصح ميراث المجهول يصح استحقاقه بالوصية، وهذا يقتضي جوازها بالمعدوم أيضاً.

وتصح الوصية بغير المعين، ويكون التعيين للورثة، كما تصح الوصية بالعبد

---

(١) المغني ٦ : ٢٩ ــ ٣٢ و ١٤٨ ــ ١٥٠.

(٢) المغني ٦ : ٥٦ و ٥٩، والشرح الكبير ٦ : ١٠٢.

(٣) المغني ٦ : ٦٤.

الآبق، ويعللون ذلك بأنه مملوك[١]، وهذا يقتضي جوازها بكل ما لا يقدر على تسليمه.

وعند الإباضية تصح الوصية بالمجهول فلو قال: أوصيت بشاة من غنمي أو نخلة من نخيلي صحت الوصية وأعطى الموصى له الأوسط على الصحيح[٢]، وإن قال: أوصيت بسهم أو جزء من مالي لفلان فقيل: يأخذ كأقل الورثة سهماً، وقيل: السدس، وقيل غير ذلك[٣]، وفي مذهب الإباضية قول بعدم صحة الوصية بالمجهول المحض، فلا تصح هلى هذا القول الوصية ببعض ماله أو بسهم منه أو بشاة من غنمه، لأن العلم بالمحل شرط في البيع وسائر العقود، والوصية وإن لم يكن فيها عوض كالبيع فإنها عقد لا يثبت على جهل؛ لأن الحكم بالمجهول غير ممكن، ثم إن الوصية كالهبة وهذا النوع من الجهل في الهبة لا يجوز[٤].

ولا تصح عندهم الوصية بآبق وشارد، ومغصوب، ومسروق،، ولو عرف موضعه وقدر على رده[٥].

واختلفوا في الوصية بثمار البستان عشر سنين مثلاً، فقال بعضهم: تلزم الوارث ديانة لا قضاء، وقال آخرون: هذه وصية لا زمة للوارث قضاء فيحكم للموصى له بها[٦].

(١) البحر الزخار ٥: ٣١١ ر ٣١٣ و ٣١٤، وفيه أن المؤيد يرى أن الجهالة تبطل الوصية.

(٢) شرح كتاب النيل ٦: ١٨٩ ــ ١٩٠.

(٣) المصدر السابق ص ٣٦٢ ــ ٣٦٣.

(٤) المصدر السابق ص ١٨٩ و ٣٦٣، وانظر ص٥٢٨.

(٥) شرح كتاب النيل ٦: ٢٣٤.

(٦) شرح كتاب النيل ٦: ١٩٢، هذا الخلاف مبني على اختلافهم في الوصية بالمنافع، وعللوا المنع بأن المنفعة معدومة، والمعدوم غير مملوك، فإذا أوصى بها فقد أوصى بما لم يملك، وكأنه أوصى بمال الغير.

وعند الإمامية تصح الوصية بالمجهول، ويقول عنها أبو القاسم الحلى: الوصية المبهمة: فمن أوصى بجزء من ماله أخذ الموصى له العشر، وفي رواية: السبع وفي أخرى: سبع الثلث. ولو أوصى بسهم فللموصي له الثمن، ولو أوصى بشيء فله السدس[١].

أما الظاهرية فلا تجوز عندهم الوصية بالمعدوم؛ لأن ما يوجد بعد موت الموصي يكون ملكاً للورثة، فلا يحل للموصي التصرف فيه، وكذلك لا تجوز الوصية بالمجهول؛ لأن لا يدري بماذا أوصي فلا يمكن تنفيذ الوصية.

يقول ابن حزم: «ولا تجوز الوصية بما لا ينفذ لمن أوصى له بها، أو فيما أوصى به ساعة موت الموصي مثل أن يوصي ... ... بحمل بستانه في المستأنف أو بغلة داره وما أشبه ذلك فهذا كله باطل لا ينفذ منه شيء»[٢].

نتيجة:

يتبين من هذا أن المالكية يسيرون وفق قاعدتهم، فلا يجعلون للغرر تأثيراً في الوصية، كما لم يجعلوا له تأثيراً في الهبة، أما سائر الفقهاء فإنهم لم يلتزموا في الوصية ما التزموه في الهبة، فقد وافق أكثرهم المالكية في عدم تأثير الغرر على صحة الوصية، ولم يقيسوها على البيع كما قاسوا الهبة عليه والسبب في هذا هو أن الهبة تمليك في حال الحياة كالبيع، أما الوصية فهي تمليك بعد الوفاة فأشبهت الميراث، ولهذا يقول الفقهاء: الوصية أخت الميراث، والغرر لا يؤثر في الميراث فلا يؤثر في أخته.

ومما يلفت النظر أن الإباضية جعلوا للغرر تأثيراً عظيماً على الوصية، مخالفين بذلك سائر الفقهاء، فمنعوا الوصية بالبعير الشارد ونحوه، ولو كان مقدوراً على رده، واختلفوا في صحة الوصية بالثمار، كما منع بعضهم الوصية

(١) المختصر النافع ص ١٩٠.

(٢) المحلى ٩: ٣٢٢، وانظر أيضاً ص ٣٢٣ و ٣٢٦ و ٣٢٧ منه.

بالمجهول، وهذا الاتجاه من الإباضية فيه شيء من التناقض مع ما تقدم في الهبة، فقد رأينا أنهم يجوزون الهبة في كل مملوك، وهذا يقتضي جواز هبة الشارد ونحوه ولكنا نراهم ينصون صراحة على منع الوصية بالبعير الشارد، فيجعلون تأثير الغرر في الوصية أكثر منه في الهبة، وهذا أمر غير مقبول.

وينبغي التنبيه إلى أن الظاهرية قالوا في الوصية ما قالوه في الهبة من عدم جوازها بالمعدوم والمجهول، فلو أخضعنا مذهبهم لنظرية الغرر وجب أن نقول: إن الغرر يؤثر عندهم في الوصية أيضاً[1].

تأثير الغرر على عقود التبرعات أخف من تأثيره على عقود المعاوضات عند الشافعية:

يتضح مما ذكرناه عن مذهب الشافعية في تأثير الغرر على الوصية، وهي من عقود التبرعات، أن ما قرره بعض الفقهاء القدامى والمحدثين من أن الغرر عند الشافعية يؤثر في جميع عقود التبرعات، قول غير مقبول على إطلاقه، فالشافعية وإن كانوا يشددون في تأثير الغرر على التبرعات أكثر من غيرهم، فإنهم ـ من غير شك ـ لا يجعلون للغرر في التبرعات نفس الأثر الذي يجعلونه له في المعاوضات، يؤيد هذا ـ زيادة على ما جاء في الوصية ـ أن الشافعية لا يشترطون تعيين المستعار في العارية فيصح أن يقول: أعرتك إحدى دوابي، ويعللون هذا بما يفيد أن التبرعات يحتمل فيها من الغرر ما لا يحتمل في المعاوضات، يقول الإمام الرافعي: «تعيين المستعار ليس بشرط عند الاستعارة حتى لو قال: أعرني دابتك، فقال المالك: ادخل الإسطبل وخذ ما أردت صحت العارية بخلاف الإجارة تصان عن مثلها؛ لأن الغرر لا يحتمل في المعاوضة»[2].

• • •

(١) راجع ص٥٣١.

(٢) فتح العزيز ١١: ٢١٤، وانظر أيضاً تحفة المحتاج ٥: ١٣٧.

الفصل الثالث

أثر الغرر في العقود الأخرى

تمهيـد:

تحدثنا في الفصلين السابقين عن أثر الغرر في عقود المعاوضات المالية، وعقود التبرعات، وانتهينا إلى أن الغرر يؤثر في الأولى باتفاق الفقهاء، ولا يؤثر في الثانية على ما رجحناه، وبقيت عقود أخرى، قد لا يسهل إلحاقها من كل وجه بالمعاوضات المالية، كما لا يسهل إلحاقها بالتبرعات، هي التي نريد أن نعرض في هذا الفصل بعضاً منها لنتبين منه آراء الفقهاء فيها، ولتكتمل أمامنا الصورة عن أثر الغرر في أقسام العقود.

والعقود التي سنبحثها في هذا الفصل هي: الزواج، والرهن، والكفالة، والوكالة.

١ ـ الـزواج

الغرر في الزواج يكون غالباً من جهة المهر، ولذا سنتحدث عن المهر من حيث تأثير الغرر في صحته، وما يستتبع ذلك من تأثير في صحة الزواج.

أثر الغرر في المهر:

الحنفيـة:

الغرر الناشىء عن جهالة النوع يفسد التسمية:

يؤثر الغرر الناشىء عن جهالة نوع المهر فيفسد التسمية، ولكنه لا يفسد العقد؛ لأن الزواج من العقود التي لا تفسد بجهالة البدل[1]، فلو تزوجها على دابة، أو ثوب، أو دار فالتسمية فاسدة؛ لأن هذه جهالة فاحشة، ويجب على الزوج في هذه الحالة مهر المثل[2].

جهالة الوصف لا تفسد التسمية:

أما الغرر الناشىء عن جهالة وصف المهر فقط فلا يفسد التسمية ما دام النوع معلوماً، فلو تزوجها على فرس، أو ثوب معين النوع فالتسمية صحيحة ويجب على الزوج الوسط مما سمى أو قيمته[3].

تأجيل المهـر:

يجوز عند الحنفية تأجيل المهر إلى أجل معلوم، أو مجهول جهالة متقاربة على الصحيح[4]، أما إن كانت الجهالة متفاحشة فلا يثبت الأجل، ويجب المهر حالا، ويمثلون للجهالة المتقاربة بالتأجيل إلى الحصاد والدياس، وللجهالة الفاحشة بالتأجيل إلى هبوب الريح، أو إلى أن تمطر السماء، أو إلى الميسرة. غير أن الحنفية يجوزون التأجيل إلى الطلاق، أو الموت على الصحيح، وإن كانت

(١) هذه العقود هي عقود المعاوضات التي يكون فيها أحد البدلين غير مال كالزواج، والخلع، والصلح عن دم العمد. فتح القدير ٢:٤٦١ و ٤٧٩.

(٢) ابن عابدين ٢:٤٦١ و ٤٧٩

(٣) المصدر السابق ٢:٤٧٨ و ٤٧٩.

(٤) انظر ما تقدم في البيع من أن جهالة الأجل في الثمن تفسد البيع ولو كانت متقاربة، ص٣٠٤.

الجهالة هنا تعتبر من الجهالة الفاحشة عندهم؛ وذلك لأن العرف جرى بالتأجيل إلى هذين الأجلين.

المالكيـة:

يجوز في الزواج من الغرر ما لا يجوز في البيع:

عرفنا أن الإمام مالكاً قسم العقود بالنسبة لتأثير الغرر فيها وعدم تأثيرها ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة، فالطرفان هما عقود المعاوضات وعقود التبرعات، وعرفنا أن الغرر يؤثر في عقود المعاوضات ولا يؤثر في عقود التبرعات.

أما الواسطة فهي عقد الزواج. وذلك لأن فيه شبها من كلا الطرفين، المعاوضة والتبرع، فهو من جهة أن المال فيه ليس مقصوداً، وإنما المقصود الحقيقي المودة والألفة والسكون، يقتضي أن يلحق بالطرف الثاني ــ التبرعات ــ ويجوز فيه الغرر مطلقاً، ومن جهة أن الشارع اشترط فيه المال بقوله تعالى: ﴿**أن تبتغوا بأموالكم**...﴾[1]، يقتضي أن يلحق بالطرف الأول ــ المعاوضات ــ ويمنع فيه الغرر، فلوجود الشبهين توسط مالك فجوز فيه من الغرر ما لم يجوزه في البيع.

فالغرر الكثير الذي يفسد البيع لا يؤثر كله في عقد الزواج، فمن صور الغرر الذي يعتبر كثيراً مفسداً للبيع ما يكون مغتفراً بالنسبة للزواج، من أمثلة ذلك ما لو تزوجها على عشرة من الإبل مثلا من غير وصف، فإن الزواج صحيح، والتسمية صحيحة وللزوجة إبل وسط[2]. أما لو تزوجها على بعير شارد، أو ثمرة نخل لـم يبد صـلاحها، أو على مـا في بطن غنمه ونحو ذلك فلا يجوز الزواج؛

(١) سورة النساء: الآية ٢٤.

(٢) الفروق للقرافي ١:١٥٠ ــ ١٥١، وتهذيب الفروق ١:١٧١، والمقدمات الممهدات ٢:٤١، والقوانين الفقهية ١٩٧، والمدونة ٤:٦٧.

لأن هذا غرر لا ضابط له[1].

فكل غرر ناشىء عن الجهل بصفة المهر لا يؤثر في عقد الزواج؛ لأنه يمكن الرجوع فيه للوسط المتعارف عليه، أما الغرر الذي لا يمكن الرجوع معه إلى أمر مضبوط فإنه يؤثر في صحة الزواج، وذلك كالجهل بجنس المهر، وكالجهل بوجوده، أو الجهل بالقدرة على تسليمه.

أما من حيث تأجيل المهر، فالقاعدة العامة عندهم: أنه لا يجوز التأجيل إلا لزمن محدود، ولهذا منعوا التأجيل إلى الموت، أو الفراق، كما منعوا التأجيل إلى الدخول، إلا إذا كان وقته معلوماً بالعادة على المشهور[2]، ولكنا نجدهم من ناحية أخرى يجوزون في المهر ما لا يجوزونه في الثمن، فقد نصوا على جواز تأجيل المهر إلى الميسرة، إذا كان الزوج ملياً «بالقوة»، كمن عنده سلع يرصد بها الأسواق، أو له استحقاق في وقف ونحوه، كما جوزوا تأجيل المهر إلى أن تطلبه المرأة في قول ابن القاسم[3].

الشافعية:

يؤثر الغرر في المهر، كما يؤثر في المبيع:

يؤثر الغرر عند الشافعية على المهر، كما يؤثر على المبيع تماماً، ولهذا يشترطون في المهر ما يشترطون في المبيع، «فما صح مبيعاً صح صداقاً وما لا فلا»

(١) المدونة ٤:٦٦ و ٦٧ و ٦٩. روي عن مالك روايتان في حكم الزواج بالصداق الفاسد، إحداهما: فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده، والثانية: إن دخل بها ثبت الزواج، ولها صداق المثل. قال ابن رشد: «والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف، والذي تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياساً على البيع». بداية المجتهد ٢:٢٧ ــ ٢٨.

(٢) مقابل المشهور جواز التأجيل، ولو لم يكن وقت الدخول معلوماً.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٢:٣٠٢ و ٣٠٣، وبداية المجتهد ٢:٢٢.

غير أن الصداق الفاسد لا يؤثر في صحة عقد الزواج، فيبقى العقد صحيحاً، وتبطل التسمية ويجب للزوجة مهر المثل، وقيل: يجب لها قيمة المسمى إن كان قيميا، ومثله إن كان مثليا[1].

الحنابلة:

كل غرر يؤثر على الثمن في البيع يؤثر على المهر:

يرى الحنابلة أن ما لا يجوز أن يكون ثمناً في البيع لا يجوز أن يكون مهراً في الزواج، فالمعدوم، والمجهول، وما لا يتم ملك الزوج عليه كالمبيع في المكيل والموزون قبل قبضه، وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء، لا يجوز أن يكون شيء منها صداقاً في الزواج قياساً على البيع، غير أن الزواج لا يبطل ببطلان التسمية، وإنما يصح ويجب للزوجة مهر المثل[2].

ويشترط الحنابلة في المهر إذا كان مؤجلا، أن يكون الأجل معلوماً، فلو أجله إلى قدوم فلان، أو إلى مجيء المطر ونحوه، لم يصح؛ لأنه مجهول، ويحتمل في هذه الحالة ــ كما يقول ابن قدامة ــ أن تبطل التسمية، ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل المهر.

أما إذا أجل المهر ولم يذكر أجلاً، فقال القاضي المهر صحيح، ومحله الفرقة؛ لأن المطلق يحمل على العرف، والعادة في الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة، فيحمل عليه ويصير معلوماً بذلك، واختار أبو الخطاب أن المهر

(١) مغني المحتاج ٣:٢٢٠ ــ ٢٢١ و ٢٢٥.

(٢) المغني ٦:٦٨٧ و ٦٨٣، في المذهب قول بصحة المهر المجهول جهالة يسيرة لا تزيد على جهالة مهر المثل، فلو تزوجها على معلوم الجنس كفرس مثلاً صح وكان لها الوسط، وكذلك لو تزوجها على مجهول الذات كأن يتزوجها على فرس من أفراسه تصح التسمية ولها فرس بالقرعة. المغني ٦:٦٩٢. وانظر القواعد لابن رجب: القاعدة الستون بعد المائة ص ٣٥٥.

فاسد، ولها مهر المثل؛ لأن المهر عوض مجهول المحل فيفسد، كالثمن في البيع[1].

ويرى ابن تيمية أن الصداق لا يجب أن يعلم، كما يعلم الثمن والأجرة، ولا يصح أن يقاس على بيع الغرر كل عقد على غرر؛ لأن المال ليس هو المقصود الأعظم في الزواج، وما ليس هو المقصود إذا وقع فيه غرر لم يفض إلى المفسدة المذكورة في البيع[2].

الشيعة الزيدية:

وعند الشيعة الزيدية يغتفر في الزواج من الغرر ما لا يغتفر في غيره من عقود المعاوضات المالية، فيجوز عندهم أن يتزوجها على مال قيمي من غير وصف، ويجب عليه الوسط حينئذ؛ لقوله ﷺ: «ما تراضي به الأهلون»، ولأن جهالته أقل من جهالة مهر المثل، وإذا تزوجها على «عبد حبشي» صح ولزم، لقلة الجهالة، وإذا تزوجها على أرض يكفي أن يذكر قدرها وناحيتها[3].

كما يجوز أن يتزوجها على أن يعلمها سورة من القرآن مع إن الإجارة على تعليم سورة لا تصح حتى يعين السورة لاختلاف السور[4]. أما إذا تزوجها على مجهول الجنس أو النوع أو المقدار لم تصح التسمية كما لو تزوجها على ثوب، أو على ما يكتسبه هذا العام، أو ما يرثه من فلان أو على حكمها أو حكمه، ولا تصح أيضاً إذا دقق في الوصف حتى صعب الضبط ففي كل هذه الصور تبطل التسمية، لعظم الجهالة ويجب مهر المثل؛ لأن جهالته أقل[5].

(١) المغني مع الشرح الكبير ٨: ٢١.
(٢) فتاوي ابن تيمية ٣: ٢٨٩ ـ ٢٩٠.
(٣) البحر الزخار ٣: ١٠٢.
(٤) المصدر السابق ٤: ٤٩.
(٥) البحر الزخار ٣: ١٠٢ و ١١٨، فساد التسمية لا يفسد العقد عند الزيدية كمذهب الحنفية.

الشيعة الإمامية:

وعند الشيعة الإمامية يشترط تعيين المهر بالوصف أو بالإشارة إليه، ولكنهم مع هذا نصوا على أنه: «لو تزوجها على خادم فلم يتعين فلها وسطه»، وكذا لو قال: «دار أو بيت» وهذا يعني أن تعيين المهر بالذات ليس بشرط. ويجوز عندهم في نكاح التفويض أن يجعل الحكم لأحد الزوجين في تقدير المهر، فلو جعل الحكم للزوج حكم بما شاء وإن قل، وإن جعل للزوجة حكمت بما لا يتجاوز مهر السنة، وهو خمسمائة درهم[1].

الإباضيـة:

الجهالة لا تؤثر في الصداق عند الإباضية؛ لأنه «ليس عوضاً محضاً، ولا تبرعا، فساغ فيه الجهل من حيث إن فيه بعض التبرع ومكارم الأخلاق» فلو تزوجها على صداق مجهول فلها قيمته، وقيل: لها صداق المثل، وهذا القول الثاني أظهر عندي؛ لأن قيمة المجهول لا يسهل الوصول إليها: ولو أصدقها ما لا غير معين، كمائة نخلة فلها قيمة الأوسط على الصحيح في المذهب، ويصح تأجيل المهر إلى أجل مجهول كقدوم المسافر أو نزول المطر، كما يصح من غير تسمية أجل[2].

الظاهريـة:

يرى ابن حزم أن كل ما جاز أن يتملك بالهبة أو الميراث[3] يجوز أن يكون صداقاً، سواء جاز بيعه أو لم يجز، فيصح أن يكون الصداق ثمرة لم يبد صلاحها؛ لأن النكاح ليس بيعا[4]، وهذا يعني أن بعض أوجه الغرر لا يؤثر في صحة المهر، ولكن ابن حزم يذكر في أمثلة الصداق الفاسد تأجيل المهر، ولو إلى أجل مسمى

(١) المختصر النافع ص ٢١٢ – ٢١٣.
(٢) شرح كتاب النيل ٣: ١٢٩ و ١٣١ ـ ١٣٢ و ١٠٧ و ١٠٨ و ١٠٤.
(٣) لست أدري ما وجه الشبه بين المهر والميراث.
(٤) المحلى ٩: ٤٩٤.

وكونه شيئاً معيناً في ملك غير الزوج[1]، وهذان المثالان يندرجان تحت الغرر، وان كان ابن حزم لا يعلل الفساد بالغرر[2]، والصداق الفاسد يفسد العقد عند الظاهرية، ويوجب فسخ الزواج أبداً.

النتيجة:

يتبين من هذا أن جمهور الفقهاء متفقون على أن المهر يغتفر فيه من الغرر ما لا يغتفر في المبيع والثمن، كما أن الجمهور متفقون على أن فساد المهر لا يؤثر على صحة العقد، وهذا من شأنه أن يجعل الغرر في المهر غير مؤثر في الزواج حتى عند الشافعية والحنابلة الذين يشددون في تجنب الغرر في المهر، فيشترطون فيه ما يشترط في المبيع والثمن، ويرجع هذا إلى أن الزواج ليس معاوضة محضة، ولهذا يصح من غير تسمية المهر.

وينبغي أن يلاحظ هنا أن المالكية وإن كانوا من أكثر الفقهاء تسامحاً بالنسبة لتأثير الغرر على المهر، فإن قولهم بأن الصداق الفاسد يفسد، العقد يجعلهم أكثر الفقهاء تشدداً بالنسبة لأثر الغرر في عقد الزواج، ويتفق معهم الظاهرية في هذا.

ورأى الجمهور أولى بالاتباع؛ لأنه ما دام المهر ليس مقصوداً أساسياً في الزواج؛ ولهذا يصح الزواج من غير ذكر المهر، فلا ينبغي أن يفسد العقد بفساد أمر غير أساسي فيه، والقول المقبول هو أن تبطل التسمية وحدها، ويبقى العقد من غير تسمية مهر، فيجب للزوجة في هذا الحالة مهر مثلها.

٢ ـــ الرهن

تعريفه: الرهن حبس مال بحق يمكن استيفاؤه منه كلا أو بعضاً[3].

---

(١) المصدر السابق ٩: ٤٩١.

(٢) انظر ص ٤٥٥ و٥٣١.

(٣) ابن عابدين ٥: ٤٢٢، وانظر تعريف المالكية في الشرح الكبير للدردير ٣: ٢٣١، والشافعية في معنى المحتاج ٢: ١٢١، والحنابلة في المغني ٤: ٣٢٦.

أثر الغرر فيه: القاعدة العامة عند أكثر الفقهاء، أن ما لا يصح بيعه لا يصح رهنه؛ لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه، وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه[1].

فالحنفية يشترطون في المرهون أن يكون معلوماً، وموجوداً، ومقدوراً على تسليمه[2]، فلو باع شيئاً بثمن مؤجل على أن يعطيه المشتري رهناً من غير تعيين الرهن فالبيع فاسد؛ لجهالة الرهن، إلا إذا اتفقا على تعيين رهن في المجلس فيجوز؛ لأن المانع هو جهالة الرهن وقد زال[3].

والشافعية: يشترطون في المرهون أن يكون معلوماً، ينص الشيرازي على أن ما لا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه؛ لأن الصفات مقصودة في الرهن للوفاء بالدين، كما أنها مقصودة في البيع للوفاء بالثمن، فإذا لم يجز بيع المجهول وجب ألا يجوز رهن المجهول[4]، ولا يجوز عندهم رهن ما لا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق، ولهم في رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع قولان: أحدهما لا يصح كالبيع، والثاني يصح؛ لأن الغرر الذي فيه أقل من الغرر الذي في البيع؛ لأن هلاك الثمرة لا يسقط الدين، وإنما تبطل الوثيقة، والغرر في بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل، بخلاف البيع، فإن هلاك الثمرة يترتب عليه ذهاب الثمن جملة فيعظم الغرر.

وينص **الحنابلة** على أنه لو قال: رهنتك هذا الجراب بما فيه لا يصح؛ لأنه

---

(١) مجلة الأحكام العدلية، مادة (٧٠٩)، ومغني المحتاج ٢: ١٢٢، والمغني ٤: ٣٤٧، والبحر الزخار ٤: ١١٤، والروضة البهية ١: ٣٥٠ و ٣٥٢، والمحلى ٨: ٨٩.

(٢) البدائع ٦: ١٣٥ و ١٣٧، والفتاوي الهندية ٥: ٤٣٢.

(٣) الأصل ص ٩٩، والبدائع ٥: ١٧١.

(٤) المهذب ١: ٣٠٩، ومغني المحتاج ٢: ١٢٢.

مجهول، ويتفقون مع الحنفية في أنه لا يصح أن يشتري سلعة على أن يرهنه بها شيئاً من ماله من غير تعيين؛ لأن ذلك يختلف، وليس له عرف ينصرف إليه[1]، ولهم في رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع وجهان كالشافعية، أحدهما يجوز، وهو اختيار القاضي؛ لأن الغرر يقل فيه، فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه في ذمة الراهن، والثاني لا يصح؛ لأنه لا يجوز بيعه[2].

أما المالكية فلم يلتزموا قاعدة «ما لا يصح بيعه لا يصح رهنه» فإنهم يجوزون في الرهن من الغرر ما لا يجوزونه في البيع، فقد نصوا على جواز رهن البعير الشارد، مع أنه لا يجوز بيعه لعدم القدرة على تسليمه، ونص ابن رشد على أنه يجوز عندما لك أن يرتهن ما لا يحل بيعه وقت الارتهان، كالزرع والثمر الذي لم يبد صلاحه، ولكن لا يباع في أداء الدين، إلا إذا بدا صلاحه، وإن حل أجل الدين[3]، وقال الباجي: قال مالك في المجموعة: الغرر والمجهول يصح ارتهانه[4]، وعرف الشيخ خليل الرهن بأنه: بذل من له البيع ما يباع أو غرراً[5]، وقيد الدردير الغرر الذي يجوز في الرهن بالغرر اليسير، ومثل له بالبعير الشارد، ونص على أنه إن اشتد الغرر، كالسمك في الماء، والجنين في البطن، فلا يجوز الرهن[6] والغرر اليسير هنا غير الغرر اليسير في باب البيع، فإن بيع البعير الشارد

(١) لِمَ لا يقال: إن العقد يصح ويلزم المشتري برهن يكون فيه الوفاء بالدين، لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه، فيحمل سكوت المتعاقدين عن بيان الرهن على ما يقصد منه، فتنتفي الجهالة.

(٢) المغني ٤: ٣٤٣ و ٣٤٨ و ٣٤٩ و ٣٧٧، وكشاف القناع ٣: ٢٦٥ و ٢٦٩.

(٣) بداية المجتهد ٢: ٢٧٢.

(٤) المنتقى على الموطأ ٥: ٢٤١.

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٢٣١.

(٦) المصدر السابق: ٢٣٢، هذا هو المشهور في المذهب، وقال ابن الماجشون: يصح رهن الجنين. وقارن هذا مع ما في المنتقى ٥: ٢٤١.

لا يجوز؛ لما فيه من الغرر الكثير[1].

القانون:

ينص القانون المصري على أن العقار المرهون يجب أن يكون معينا بالذات تعييناً دقيقاً من حيث طبيعته وموقعه.

كما ينص على أن رهن الأموال المستقبلة باطل بطلانا مطلقاً، فلو رهن شخص العقار الذي سوف تؤول إليه ملكيته فيما بعد فالرهن باطل[2]، وهذا يعني أن القانون يتجنب الغرر في الرهن أكثر من تجنبه له في البيع، فقد رأيناه ينص على جواز بيع الأموال المستقبلة[3].

يتبين من هذا أن الغرر يؤثر في الرهن، كما يؤثر في البيع عند جمهور الفقهاء، أما عند المالكية فتأثير الغرر على الرهن أخف بكثير من تأثيره على البيع، إذ لا يؤثر في صحة الرهن عندهم إلا الغرر المتفاحش، ورأى المالكية أرجح عندي؛ لأن ترك الرهن من أصله جائز، فشيء في الجملة خير من لا شيء، كما يقول المالكية، ولأن المرتهن، وهو صاحب الحق قد رضي بذلك.

٣ ــ الكفالة

الكفالة هي: ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بدين، أو عين، أو نفس[4].

(١) راجع ص٣٢١.

(٢) المادة: (١٠٣٣) و (١٠٣٥)، والمذكرة التفسيرية، وانظر أحكام القانون المدني الجديد ــ التأمينات الشخصية والعينية للأستاذ الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ص٢١٥.

(٣) راجع ص٤٠٠.

(٤) ابن عابدين ٤: ٣٤٨، والكفالة نوعان: كفالة بالمال وكفالة بالنفس، ويستعمل بعض الفقهاء كلمة كفالة في الكفالة بالنفس خاصة، ويطلق على الكفالة بالمال كلمة الضمان
وتحتاج الكفالة إلى كفيل ومكفول، ومكفوله له، ومكفول به، فالكفيل هو الذي يضم ذمته إلى ذمة المكفول، ويلتزم بتادية ما عليه من الحق، والمكفول هو المطالب في الأصل – المديون – ويسمى المكفول عنه، والمكفول له هو الدائن، والمكفول به هو المال أو النفس.

الكفالة بالمال المجهول:

تصح الكفالة بالمال المجهول عند أكثر الفقهاء؛ لأنها مبنية على التوسع كما يقول ابن عابدين[١]، ولأنها التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كما يقول ابن قدامة[٢]؛ ولأنها من إيجاب المرء المعروف على نفسه، ومن أوجب المعروف على نفسه لزمه، كما يقول مالك[٣]؛ ولأن الضمان لا ينافيه الغرر؛ لأنه ليس معاوضة، كما يقول الشهيد الثاني[٤].

ومن أمثلة الكفالة بالمجهول: أنا كفيل بمالك على فلان من الدين، أو بما تقرضه فلانا، أو بما غصبك فلان، أو بما يدركك في هذا المبيع[٥]؛ ومنها: كفلت بعض مالك على فلان، ويكون الخيار للضامن، يبين أي مقدار شاء[٦]. ومنها أن يقول شخص لآخر: بايع فلانا وأنا ضامن لما بعته، لكن ينبغي أن يحمل مثل هذا على العرف والعادة، فمن قال لبائع فاكهة مثلا: أنا ضامن لما بايعت به فلانا فعامله بأشياء غالية الثمن، لم يلزم الكفيل ذلك على الأرجح عند المالكية؛ لأنه يعلم أنه لم يرد هذه المعاملة[٧].

واشترط الشافعي في الجديد العلم بالمضمون جنساً، وقدراً، وصفة، وعينا، فلا يصح ضمان المجهول، كأنا ضامن ما بعت من فلان، ولا غير المعين

(١) حاشية ابن عابدين ٤: ٣٦٤.
(٢) المغني ٤: ٥٣٦، وقريب منه ما في البحر الزخار ٥: ٧٦.
(٣) المنتقى ٦: ٨٣.
(٤) الروضة البهية ١: ٣٦٣،
(٥) يسمى هذا ضمان الدرك، والدرك، بفتحتين وبسكون الراء: الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع.
(٦) ابن عابدين ٤: ٣٦٤ ــ ٣٦٦، ومجمع الضمانات ص ٢٦٩.
(٧) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٣٣٥، والمنتقى على الموطأ ٦: ٨٣.

كضمان أحد الدينين، تشبيهاً للضمان بالبيع، ويصح في القديم ضمان المجهول، وضمان ما سيجب، ويتفق الشافعية مع جمهور الفقهاء في القول بصحة ضمان الدرك، ويعللون ذلك بأن الحاجة تدعو إلى معاملة الغريب، ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقاً ولا يظفر به، فاحتيج إلى التوثيق[١].

ومنع ابن حزم منعاً باتاً ضمان ما لم يجب، فلا يجوز عنده أن يقول شخص لآخر: أقرض فلانا ديناراً وأنا أضمنه لك، كما منع ضمان ما لا يدري مقداره، مثل أن يقول له: أنا أضمن عنك ما لفلان عليك؛ لأنه من الغرر، ولأن التراضي لا يكون إلا على معلوم القدر[٢].

وممن منع ضمان المجهول: الثوري، والليث، وابن أبي ليلى، وابن المنذر، وابن شبرمة[٣].

جهالة المكفول ، والمكفول له:

تصح الكفالة عند الحنفية مع جهالة المكفول إذا كان واحداً غير معين من أشخاص معينين نحو: كفلت مالك على فلان أو فلان، ويكون التعيين للكفيل، ونحو: إن غصب مالك واحد من هؤلاء القوم فأنا ضامن، أما لو عمم فقال: إن غصبك إنسان شيئاً فأنا له ضامن، أو ماذاب لك على أحد من الناس فعلي، لا يصح، كما لا تصح عندهم الكفالة مع جهالة المكفول له نحو: ما ذاب لأحد من الناس عليك فعلي[٤].

ويصح عند المالكية الضمان مع جهالة المكفول له نحو: أنا ضامن زيداً في

(١) مغني المحتاج ٢: ٢٠١ و ٢٠٢.
(٢) المحلى ٨: ١١٧ و ١١٨.
(٣) المغني ٤: ٥٣٦، والمحلى ٨: ١١٧، والبحر الزخار ٥: ٧٦.
(٤) حاشية ابن عابدين ٤: ٣٦٨ ــ ٣٧٠، ومجمع الضمانات ص ٢٧٠.

الدين الذي عليه للناس[1]، ويستدلون لذلك بقوله تعالى: ﴿**قالوا نفقد صواع الملك، ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم**﴾؛ لأن المنادي لم يكن مالكاً، وإنما كان نائباً عن يوسف ورسولاً له، فشرط حمل البعير على يوسف لمن جاء بالصواع، وتحمل هو به عن يوسف[2].

والأصح عند الشافعية اشتراط معرفة المضمون له لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً، وعدم اشتراط معرفة المضمون عنه كما لا يشترط رضاه[3].

والحنابلة لا يشترطون معرفة الضامن للمضمون، ولا للمضمون له[4].

يرى من هذا أن أكثر الفقهاء، وإن كانوا يجعلون للغرر تأثيراً في عقد الكفالة إلا أنهم يغتفرون فيه من الغرر ما لا يغتفرونه في البيع، من ذلك زيادة على ما تقدم: جواز تعليق الكفالة بالشرط الملائم، عند الحنفية[5]، وعند الشافعية على غير الأصح[6]، وفي أحد قولين للحنابلة[7]، ومنه جواز تأجيلها إلى أجل مجهول جهالة غير متفاحشة عند الحنفية[8]، والحنابلة على الأولى[9]، وجواز تأجيلها إلى الأجل المجهول إذا تعلق به غرض، كورود القافلة، عند الزيدية[10].

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٣٣٦.
(٢) أحكام القرآن لابن العربي ٣: ١٠٨٥.
(٣) مغني المحتاج ٢: ٢٠٠.
(٤) المغني ٤: ٥٣٥.
(٥) ابن عابدين ٤: ٣٦٩، ومجمع الضمانات ص ٢٦٩.
(٦) مغني المحتاج ٢: ٢٠٣.
(٧) المغني ٤: ٥٦١.
(٨) البدائع ٥: ١٧٩، وابن عابدين ٤: ٣١.
(٩) المغني ٤: ٥٦٠.
(١٠) البحر الزخار ٥: ٧٦.

٤ ـــ الوكالـة

يعرف الحنفية الوكالة بأنها إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم ممن يملكه[1]، فعلى هذا لا بد في التصرف الموكل به من أن يكون معلوماً، حتى يستطيع الوكيل مباشرته.

وبيان ذلك أن الوكالة إما أن تكون عامة، أو خاصة، فالوكالة الخاصة هي ما كان الإيجاب فيها خاصا بتصرف معين، كبيع أو إجارة، والوكالة العامة هي ما كان الإيجاب فيها عاماً، كأنت وكيلي في كل شيء، وهذه الوكالة العامة صحيحة عند الحنفية؛ لأنها لا جهالة فيها تمنع الوكيل من مباشرة ما وكل به، ولكنهم اختلفوا فيما يملكه الوكيل بمقتضى الوكالة العامة، فقال بعضهم: يملك بها كل تصرف جائز للموكل حتى الطلاق، إلا إذا علم خلافه من قصد الموكل وذهب بعض آخر إلى أن الوكالة العامة لا يدخل فيها الطلاق، والعتاق، والوقف، إلا إذا دل دليل سابقة الكلام على دخوله[2]، وقال آخرون هي خاصة بالمعاوضات.

أما الوكالة الخاصة كالوكالة بالشراء مثلا، فلا بد فيها من العلم بالموكل به علماً تنتفي به الجهالة الفاحشة والمتوسطة، أما الجهالة اليسيرة فلا تضر، والجهالة الفاحشة هي جهالة الجنس، فلو وكله بشراء دابة لم يصح؛ لأن الدابة تشمل الفرس، والحمار، والبغل، والجهالة المتوسطة هي جهالة النوع الذي تتفاوت قيم آحاده تفاوتاً فاحشاً، كأن يوكله بشراء دار، فهذه الوكالة لا تصح أيضاً، إلا إذا بين الثمن، أو الصفة لتقل الجهالة، والجهالة اليسيرة هي جهالة النوع المحض، أي النوع الذي لا تتفاوت قيم آحاده تفاوتاً فاحشاً، كأن يوكله بشراء فرس، فإن

(١) تنوير الأبصار بهامش ابن عابدين ٤: ٥٥٤.
(٢) فالفرق بين الرأيين، أن الرأي الأول يجعل الأصل في الوكالة العامة إبقاؤها على عمومها إلا إذا دل دليل على خلاف ذلك، والرأي الثاني يجعل الأصل فيها ألا تشمل الطلاق، والعتاق، والوقف، إلا إذا دل دليل على شمولها لها.

الوكالة تصح، ولو لم يذكر الثمن والوصف، ويجب على الوكيل أن يراعي حال الموكل فيشتري له فرساً تناسب حاله[1].

يرى من هذا أن الحنفية يغتفرون من الغرر في الوكالة ما لا يغتفرونه في البيع، فالجهالة التي اعتبروها يسيرة هنا، هي جهالة فاحشة مانعة من صحة البيع عند أكثرهم، ومن لزومه عند بعضهم[2].

والوكالة عند **المالكية** ضربان أيضاً كالحنفية، عامة وخاصة، فالعامة نحو: فوضت إليك أمري في كل شيء، أو أقمتك مقامي، وللوكيل المفوض التصرف في كل شيء إلا في أربعة أمور، فإنها تحتاج إلى إذن خاص وهي: طلاق زوجة الموكل، وتزويج بنته البكر، وبيع دار سكناه، وبيع عبده القائم بأموره، وذلك لقيام العرف على أن تلك الأمور لا تندرج تحت عموم الوكالة، وإنما يفعلها الوكيل بإذن خاص.

والأمور انتي يجوز للوكيل مباشرتها بمقتضى الوكالة العامة يمضي منها الصواب فقط، إلا أن يقول له الموكل: يمضي منك الصواب وغيره، فيمضي غير الصواب إن وقع، وإن كان لا يجوز ابتداء، والمراد بغير الصواب ما ليس فيه تنمية للمال، لا ما كان معصية، أو سفها؛ لأن الوكالة لا تصح في معصية، ويخصص العرف اللفظ الدال على الوكالة إذا كان عاماً، ويقيده إذا كان مطلقاً، فإذا قال للوكيل: وكلتك على بيع دوابي، وكان العرف يخصصها ببعض أنواعها فإنها تخصص به، وإذا قال له: اشتر لي ثوباً، وكان العرف يقتضي تقييده بنوع خاص يليق بالموكل فإنه يتقيد به[3].

(١) ابن عابدين ٤: ٥٥٤ ــ ٥٥٨.
(٢) راجع ص١٩١ وما بعدها.
(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٣٨٤، وبداية المجتهد ٢: ٣٠٢.

فالمالكية تجوز عندهم الوكالة العامة كالحنفية، مع اختلاف يسير فيما يستثنى من عمومها، مرجعه العرف، وتجوز عندهم الوكالة الخاصة مع جهالة الموكل به ويعينه العرف، ومقتضى هذا أن الحكم يتغير بتغير العرف، وأنه إذا لم يكن هناك عرف ترتفع به الجهالة فإن الوكالة لا تصح، وأرى أنه ينبغي أن تصح الوكالة إذا كانت قرائن الأحوال تعين الموكل به.

والشافعية يشترطون في الموكل فيه أن يكون معلوماً من بعض الوجوه، ولا يشترط علمه من كل وجه؛ لأن تجويز الوكالة للحاجة يقتضي المسامحة، فيكفي أن يكون الموكل فيه معلوماً علماً يقل معه الغرر، وبناء على هذا لو قال له: وكلتك في كل أموري، أو فوضت إليك كل شيء، أو نحو ذلك، لا يصح التوكيل؛ لكثرة الغرر، إذ يدخل في هذا طلاق زوجاته، والتصدق بجميع ما له، وقد منع الشارع بيع الغرر وهو أخف خطراً من هذا[1].

وهذا النوع من الوكالة الذي منعه الشافعية هو ما يسميه الحنفية والمالكية بالوكالة العامة، وقد رأيناهم يجوزونه مع تقييده بما لا يسمح العرف بدخوله فيه، والقول بالجواز أولى عندي، لأن الإنسان لا يوكل إلا من يثق فيه، ويطمئن إلى حسن تصرفه.

ويشترط الشافعية، في الوكالة بالشراء، بيان النوع، وإذا تباينت أوصاف نوع وجب بيان الصنف أيضاً، ولكن لا يشترط استيفاء جميع الأوصاف ــ هذا فيما يشترى لغير التجارة، أما ما يشترى للتجارة فلا يجب فيه ذكر النوع ولا غيره، بل يكفي أن يقول: اشتر لي ما شئت من العروض.

وفي الوكالة بالبيع يعتبر الشافعية من الغرر القليل ما لو قال: وكلتك في بيع أموالي، فإن الوكالة تصح ولو جهل الوكيل الأموال، أما لو قال: بع بعض مالي،

(١) مغني المحتاج ٢: ٢٢٣، والشرقاوي على التحفة ٢: ١٠٦ و ١٠٧.

أو بع هذا أو هذا فإنه لا يصح لكثرة الغرر[١].

ولا أرى في المثال الأخير غرراً، لأنه من الواضح أن الموكل يريد بيع أحد الشيئين، فأي واحد يبيعه الوكيل يحقق له غرضه، كما أني لا أرى في المثال الذي قبله غرراً مانعاً من صحة الوكالة، لأن الإنسان لا يوكل غيره بمثل هذه الصيغة إلا إذا كانت له مصلحة في ذلك، وكان واثقاً من أن الوكيل سيتصرف تصرفاً يحقق له مصلحته.

والحنابلة: يمنعون الوكالة العامة كالشافعية؛ لأنهم يرون فيها غرراً كثيراً، أما الوكالة الخاصة فيغتفرون فيها من الغرر ما لا يغتفره الشافعية؛ فيجوز عندهم أن يقول: اشتر لي ثوباً، ولو لم يذكر الثمن[٢]، لأنهم يعتبرون هذا إذناً في شراء أغلى الثياب ثمناً، فيقل الغرر، وقد روى عن أحمد ما يدل على صحة الوكالة في نحو: اشتر لي ما شئت، ولكن ليس للوكيل في هذه الحالة أن يشتري إلا بثمن المثل فما دون، ولا يشتري ما لا يقدر الموكل على ثمنه، ولا ما لا يرى المصلحة له في شرائه، ويصح عندهم، كما يصح عند الشافعية، أن يقول له: بع ما لي كله، كما يصح عندهم ــ خلافاً للشافعية ــ أن يقول: بع ما شئت من مالي؛ لأنه إذا جازت الوكالة في الجميع ففي بعضه أولى.

ويصح عندهم تعليق الوكالة على الشرط نحو: إذا قدم الحاج فبع هذا الطعام، وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا قمحاً[٣].

وعند الزيدية: تصح الوكالة العامة، ويفعل الوكيل ما يتناوله هذا النوع من الوكالة في العرف، على الأقرب في المذهب، وقال الإمام يحيى: لا تصح موافقاً

(١) المصدر السابق.

(٢) قال أبو الخطاب: لا يصح حتى يذكر الثمن، لأن الأثواب تتفاوت.

(٣) المغني مع الشرح الكبير ٥: ٢١١-٢١٣.

الشافعي في ذلك. أما الوكالة الخاصة فلا تصح عندهم إذا عظمت الجهالة، كوكلتك بشراء حيوان، وتصح مع الجهالة القليلة، وذلك إذا عين الجنس، والنوع أو الثمن، إذا كان الجنس تندرج تحته أنواع كثيرة[١].

وتصح الوكالة العامة عند **الإباضية**، ويطلقون عليها «خلافة» مثل: أقمتك مقامي في كل شيء، وأنبتك عن نفسي في كل شيء، ويشترطون في الوكالة الخاصة أن يكون الموكل به معلوماً، ولكنهم يغتفرون فيها بعض أنواع الجهالة، فقد نصوا على أنه يجوز أن يوكل الشخص غيره على بيع واحد أو اثنين من جماله، وإن لم يعين له ما يبيعه، ولا الثمن الذي يبيع به، وقال بعضهم لا يجوز إن لم يعين الثمن؛ لأن في عدم ذكره جهلاً، وفي عدم تعيين المبيع جهلا. وجوز بعضهم الوكالة على شراء جمال أو أثواب ونحوها من غير تعيين عدد، ويشتري الوكيل ثلاثة على الأكثر لأنها أقل ما يصدق عليه كلام الموكل[٢].

القانـون:

تجوز الوكالة العامة في القانون المصري، ولكنها لا تخول للوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة، وقد نص القانون على أن من أعمال الإدارة: الإيجار إذا لم تزد مدته على ثلاث سنوات، وأعمال الحفظ والصيانة، واستيفاء الحقوق، ووفاء الديون، وكل عمل من أعمال التصرف التي تقتضيها الإدارة، كبيع المحصول والبضاعة أو المنقول الذي يسرع إليه التلف، وشراء ما يستلزمه الشيء محل الوكالة من أدوات لحفظه ولاستغلاله.

أمـا مـا لا يدخـل في أعمـال الإدارة فـلا بد فيه من وكـالة خاصة لكل عمل، وتصـح الوكـالة الخـاصة في القـانون، ولـو لـم يعين محل العمل على

(١) البحر الزخار ٥: ٥٤ ــ ٥٧.

(٢) شرح النيل ٤: ٦٩٣ و ٧٠٩ و ٧١٢.

وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات[١].

فالقانون يحصر الوكالة العامة في دائرة أضيق من الدائرة التي حصرها فيها الفقهاء الذين جوزوها، فهي في القانون محصورة في أعمال الإدارة لا تتعداها إلى أعمال التصرف إلا إذا اقتضتها أعمال الإدارة، فلو قال شخص لآخر: وكلتك عني في جميع أعمالي، أو جعلتك وكيلا مفوضاً لي، تكون هذه وكالة عامة في أعمال الإدارة خاصة، وليس للوكيل أن يبيع بمقتضى هذه الوكالة شيئاً من مال الموكل، أو يقرضه، أو يهبه الخ.

أما الوكالة الخاصة فقد اغتفر القانون فيها عدم تعيين محل العمل إذا كانت في المعاوضات، فيكفي في القانون أن تكون الوكالة في المعاوضات خاصة في نوع التصرف، وعامة في محله، كأن يوكله في البيع بوجه عام من غير تعيين لما يبيعه، وللوكيل في هذه الحالة أن يبيع جميع أموال الموكل. أما التبرعات فقد اشترط القانون فيها أن تكون الوكالة خاصة في نوع التصرف ومحله، فلا يكفي أن يوكله في الهبة من غير تعيين للمال الذي يهبه، وذلك لخطورة أمر التبرعات[٢].

وأرى أن خير الآراء هو الرأي الذي يجوز الوكالة العامة، والوكالة الخاصة مع عدم تعيين الموكل به، ويخصصها ويقيدها بالعرف وبفعل الصواب؛ لأن في ذلك الضمان الكافي، مع ملاحظة أن الإنسان لا يوكل إلا من يطمئن إليه، فبقدر اطمئنان الموكل إلى الوكيل تتسع دائرة الوكالة وتضيق، ولا مانع مطلقاً من أن يثق شخص في آخر إلى الدرجة التي يكل إليه فيها التصرف في جميع أموره.

هذا وأكتفي بهذا القدر من العرض لأحكام الغرر في العقود المختلفة، فقد

(١) المادة (٧٠١) و (٧٠٢) من القانون المصري.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ٥:١٩٣ ــ ١٩٩، والوسيط للدكتور السنهوري ٧:٤٣٣ ــ ٤٤٢.

تبين لنا منه بوضوح وجهات نظر الفقهاء في تأثير الغرر على العقود، ونستطيع أن نقرر منها أن جميع الفقهاء متفقون على أن تأثير الغرر في غير عقود المعاوضات أخف من تأثيره في عقود المعاوضات، على اختلاف بينهم في مدى هذا التأثير، فالشافعية أكثرهم تشدداً في تأثير الغرر على العقود، والمالكية أكثرهم تساهلاً وتمشياً مع واقع الحياة العملية في حدود النصوص، ولهذا فإني أرى أن مذهبهم هو أصلح المذاهب لاتخاذه أساساً لوضع أحكام الغرر في الفقه الإسلامي، وسنرى في القسم الثالث من الرسالة أن مذهبهم هو أقرب المذاهب إلى النظرية التي استخلصتها من أحكام الغرر.

• • •

الباب الثالث

أثر الغرر في الشروط(١)

الغرر في الشروط ينحصر في ثلاثة أقسام:

وقفت على أحكام كثيرة متفرقة عن الغرر في الشروط، وقد وفقت إلى حصرها في ثلاثة أقسام:

١ ــ الشرط الذي في وجوده غرر.

٢ ــ الشرط الذي يحدث غرراً في صيغة العقد أو في محله.

٣ ــ الشرط الذي يزيد من الغرر الذي في العقد.

وسأتحدث عن كل قسم من هذه الأقسام في فصل:

● ● ●

(١) الشرط الذي نتحدث عنه هنا هو الشرط الجعلي أي ما يجعله العاقد بإرادته شرطاً في العقد. وانظر تعريف الشرط وأقسامه في المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٥١٤ و ٦٣٩ وما بعدها.

الفصل الأول

الشرط الذي في وجوده غرر

يذكر الكاساني أن من شروط صحة البيع الخلو من الشروط الفاسدة، ثم يقول: والشروط الفاسدة أنواع:

منها شرط في وجوده غرر، وهو أن يكون المشروط محتملاً للوجود والعدم، ولا يمكن الوقوف عليه للحال[1].

ونعرض فيما يلي بعضاً من هذه الشروط:

١ ــ شرط الحمل في شراء البهيمة:

إذا اشترى ناقة مثلاً واشترط أنها حامل، فهذا شرط فيه غرر؛ لأن الحمل مجهول الوجود أو بعبارة الكاساني: لأن المشروط يحتمل الوجود والعدم، ولا يمكن الوقوف عليه في الحال؛ لأن عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره، ولهذا كان شرطاً فاسداً، مفسداً للبيع في ظاهر الرواية عند الحنفية، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن البيع بهذا الشرط جائز؛ لأنه مثل ما لو اشترى العبد على أنه كاتب، وهو جائز باتفاق، ولكن أنصار القول بالفساد يفرقون بني الصورتين بأن المشروط في بيع العبد على أنه كاتب صفة

(١) البدائع ٥:١٦٨.

للمبيع لا يتصور انقلابها، ولا يكون لها حصة من الثمن بحال، ولو كان موجوداً عند العقد يدخل فيه من غير تسمية، أما في بيع الناقة على أنها حامل فالمشروط عين وهو الحمل، وكون الناقة حاملاً وإن كان صفة لها، لكن لا تحقق له إلا بالحمل، وهو عين في وجوده غرر، ومع ذلك مجهول فأوجب فساد العقد[١].

هكذا يقرر الكاساني الفرق بين البيعين، ويظهر لي أن الفرق الواضح بينهما هو أن شرط الكتابة يمكن الوقوف عليه في الحال، فانتفى الغرر الموجب للفساد، أما شرط الحمل فلا يمكن الوقوف عليه عند العقد، فكان شرطاً في وجوده غرر.

وللمالكية في صحة البيع بهذا الشرط روايتان كالحنفية، رواية ابن القاسم وابن المواز عن مالك بعدم الجواز؛ وذلك لأن هذا الشرط يزيد في ثمن البهيمة فيكون البائع قد أخذ ثمناً للجنين، وهذا لا يجوز[٢] وقال أشهب: بجواز هذا الشرط؛ لأنه وإن زاد في ثمن البهيمة إلا أنه من الأمور المظنونة، فيجوز قياساً على الثمرة التي لم تؤبر[٣].

وفي بيع الحيوان بشرط الحمل عند الشافعية قولان أيضاً، أحدهما: أن البيع باطل لأن الحمل مجهول الوجود، مجهول الصفة، والثاني: يجوز؛ لأن الظاهر أنه موجود، والجهل به لا يؤثر؛ لأنه لا تمكن رؤيته فعفى عن الجهل به كأساس الدار[٤]، قال النووي: وهو الأصح[٥]

(١) البدائع ٥:١٧٢، والأصل ص ١٠٠.
(٢) المنتقى ٤:١٨٣، وفيه أن البائع إذا قال: هي حامل، ولم يشترط الحمل للمبتاع فلا بأس. وانظر أيضاً الدسوقي على الشرح الكبير ٣:٥٩ ــ ٦٠، وفيه أن المبيع إن فات مضى بالثمن، لأنه بيع مختلف في صحته وفساده، ومعنى هذا أن البيع ينقلب صحيحاً بفوات المبيع.
(٣) المنتقى ٤:١٨٣.
(٤) المهذب ١:٢٦٥.
(٥) المجموع ٩:٣٢٢.

ويصح عند **الحنابلة** اشتراط الحمل؛ لأنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها كاشتراط كون الشاة لبوناً والعبد صانعاً[١]. ويصح أيضاً عند الشيعة الإمامية[٢].

٢ ــ اشتراط كون البقرة لبوناً أو حلوباً:

اختلف فقهاء **الحنفية** في حكم بيع البقرة على أنها حلوب، فروى عن أبي حنيفة أن البيع صحيح؛ لأن هذا شرط فيه زيادة صفة، كشرط الطبخ في الجواري.

وروى عن محمد أن البيع فاسد؛ لأن هذا شرط في وجوده غرر، وكون البقرة حلوبة، وإن كان صفة لها إلا أن البقرة لا توصف به إلا بوجود اللبن، وفي وجوده غرر[٣]، أما لو اشترط أن البقرة تحلب أرطالاً معينة من اللبن فالبيع فاسد باتفاق؛ لأن في وجود الشرط غرراً[٤].

والشافعية كالحنفية، لهم قولان في بيع الناقة بشرط كونها لبوناً، أصحهما الصحة؛ «لأن هذا شرط صفة في البقرة لا يقتضي وجود اللبن حال العقد فهو كشرط الكتابة في العبد، لكن لو شرط كونها تدر كل يوم قدراً معلوماً من اللبن بطل البيع بلا خلاف؛ لأن ذلك لا تمكن معرفته، ولا ضبطه فلم يصح، كما لو شرط في العبد أن يكتب كل يوم عشر ورقات»[٥]. وهو مذهب الحنابلة[٦].

ولا يجوز عند **الزيدية** اشتراط كون البقرة لبيناً، ولكنهم يعتبرون هذا من

(١) الشرح الكبير على المقنع ٤:٤٨.
(٢) مفتاح الكرامة ٤:٧٤٢.
(٣) البدائع ٥:١٦٩، والأصل ص ١٠٠.
(٤) المصدر السابق.
(٥) المجموع ٩:٣٢٤.
(٦) الشرح الكبير على المقنع ٤:٤٨.

الشروط التي تقتضي جهالة في المبيع؛ وذلك لأن «لبيناً» صيغة مبالغة فكأنه قال: على أن فيها لبناً كثيراً، والكثير مجهول فيفسد العقد[1].

٣ ــ اشتراط كون الكلب معلماً:

لو اشترى كلباً أو فهداً على أنه معلم فالبيع صحيح عند أبي يوسف، وهي إحدى الروايتين عن محمد؛ لأن هذا شرط يمكن الوقوف عليه، بأن يأخذ المصيد فيمسكه على صاحبه، وهو شرط غير محظور فأشبه شرط الكتابة في العبد، والطبخ في الجارية، وهو مذهب الحنابلة، وروى عن محمد أن البيع فاسد؛ لأنه شرط فيه غرر، إذ لا يمكن الوقوف عليه إلا بالاصطياد، والجبر عليه غير ممكن[2].

٤ ــ اشتراط كون القمرية مصوتة:

لو اشترى قمرية على أنها تصوت فالبيع فاسد عند أبي حنيفة؛ لأنه شرط فيه غرر، والوقوف عليه غير ممكن، لأنه لا يحتمل الجبر عليه فصار كشرط الحبل، وهذه إحدى الروايتين عن محمد، وروى عنه أن القمرية إذا صوتت جاز البيع، لأنها إذا صوتت علم أنها مصوتة، فلم يتحقق الغرر[3].

واختلف فقهاء الحنابلة في حكم هذا الشرط، قال شمس الدين: «والأولى جوازه، لأن فيه قصداً صحيحاً وهو عادة له وخلقة فيه، فأشبه الهملجة في الدابة والصيد في الفهد»[4].

نتيجة:

يتبين من هذه الفروع أن الشرط الذي يفسد العقد، لأن فيه غرراً هو ما

---

(١) شرح المنتزع المختار ٣:٥٨.

(٢) البدائع ٥:١٦٩، والشرح الكبير على المقنع ٤:٤٨.

(٣) البدائع ٥:١٦٩. وذكر الكاساني علة أخرى للمنع وهي أن هذا الشرط محظور لأن هذه صفة يتلهى بها عادة، والتلهي محظور فكان هذا شرطاً محظوراً فيوجب فساد البيع.

(٤) الشرح الكبير على المقنع ٤:٤٩.

لا يمكن التحقق من وجوده حال العقد، سواء كان المشروط عيناً كالحمل واللبن، أو صفة ككون الكلب معلماً، والقمرية مصوتة، على ما في هذه الأمثلة من خلاف بين الفقهاء، مما يدل على أن تأثير الغرر على الشروط أخف من تأثيره على العقود، ويظهر هذا جلياً في مسألة الحمل، فقد رأينا أن الفقهاء متفقون على عدم جواز بيع الحمل، لما في ذلك من الغرر، بينما نراهم هنا مختلفين في صحة البيع وفساده، مع أن مشتري البقرة على أنها حامل يجعل للحمل ثمناً قطعاً.

• • •

الفصل الثاني

الشرط الذي يحدث غرراً في صيغة العقد أو محله

إذا أحدث الشرط غرراً في صيغة العقد أو في محله فإنه يكون شرطاً فاسداً، يترتب عليه فساد العقد، من أمثلة ذلك: شرط الخيار في البيع عند من لا يقول بصحته[1]، وشرط خيار مؤبد أو مؤقت بوقت مجهول، أو غير مؤقت أصلاً[2]، وذلك كما يقول الكاساني: «لأن انعقاد العقد تعلق على غرر سقوط الخيار... فإن خيار الشرط يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال»[3].

هذا بالنسبة للشرط الذي يحدث غرراً في الصيغة، أما الشرط الذي يحدث غرراً في محل العقد فأمثلته كثيرة[4]، من أوضحها بيع الثنيا[5]، وهو أن يبيع

(١) ممن منع البيع بخيار الشرط الظاهرية، والثوري، وابن شبرمة. المحلى ٨: ٣٧٠ و ٣٧٣، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٩. وقارن المجموع ٩: ٢٢٥.

(٢) البدائع ٥: ١٧٤، وانظر المجموع ٩: ٢٢٥، وبداية المجتهد ٢: ٢٠٩، وشرح المنتزع المختار ٣: ٥٧.

(٣) البدائع ٥: ١٧٤.

(٤) انظر شرح المنتزع المختار ٣: ٥٨ ــ ٦١، ومفتاح الكرامة ٤: ٧٣.

(٥) الثنيا ــ بضم المثلثة وسكون النون ــ : الاستثناء.

الرجل شيئاً ويستثنى بعضه، فهو بيع يشترط فيه البائع إخراج شيء من المبيع.

وحكمه أن البعض المستثنى إن كان معلوماً فالبيع جائز، وإن كان مجهولاً لا يصح البيع؛ لما في ذلك من الغرر، لأن استثناء المجهول من المعلوم يجعل الباقي مجهولاً[1]، ففي بيع الثنيا، إذا كان المستثنى مجهولاً، شرط يترتب عليه جهالة في المحل، مثال ذلك: أن يبيع الشاة على أن يكون له ما في بطنها، فإن هذا البيع لا يصح؛ لما فيه من الغرر الناشيء عن جهالة المبيع؛ لأن الجنين مجهول الصفة والحياة، والمعلوم إذا استثنى منه مجهول كان الباقي مجهولاً، يقول مالك: ولا ينبغي بيع الإناث واستثناء ما في بطونها، وذلك أن يقول للرجل: ثمن شاتي الغزيرة[2] ثلاثة دنانير، فهي لك بدينارين ولي ما في بطنها، فهذا مكروه لأنه غرر ومخاطرة[3]، ويقول محمد: «وإذا باع الرجل بقرة... وهي حامل واستثنى ما في بطنها فإن البيع على هذا فاسد لا يجوز...؛ لأنه استثنى ما لم يعرف»[4].

ومن أمثلته أيضاً: أن يبيع غنماً ويشترط منها شاة غير مسماة، أو يبيع نخلاً ويشترط منها نخلة أو نخلتين مجهولتين، أو يبيع عدلاً من الثياب على أن يكون له منها ثوب غير معين فالبيع في كل هذا فاسد، وهكذا كل شيء مجهول يستثنى من

(١) نيل الأوطار ٥: ٢٤٨، والبحر الزخار ٣: ٢٩٦، والمغني ٤: ١٠٠، والمهذب ١: ٢٦٥، والمجموع ٩: ٣١١ ــ ٣١٢، ومفتاح الكرامة ٤: ٣٠٠. وانظر أيضاً ص ٧٣٠ منه، ويستدل لهذا بما رواه جابر أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثنيا (أخرجه مسلم، وأخرجه أيضاً النسائي وابن ماجه بزيادة: «إلا أن تعلم»). قال النووي: وهذه الزيادة حسنة فإنها مبينة لرواية مسلم. نيل الأوطار ٥: ٢٤٨، والمجموع شرح المهذب ٩: ٣١١.

(٢) الغزيرة: أي الكثيرة اللبن. الزرقاني على الموطأ ٣: ٣١٤.

(٣) الموطأ مع المنتقى ٥: ٤٢، انظر أيضاً ٤: ١٦٢، ويريد مالك «بلا ينبغي» «ومكروه» أن البيع غير صحيح، انظر المنتقى ٤: ١٦٣.

(٤) الأصل ص ٩٢ و ٩٩، وانظر أيضاً المغني ٤: ١٠٣، وبداية المجتهد ٢: ١٦٣.

المبيع أو الثمن فإنه يفسد البيع[1].

وللمالكية رأي يخالف رأي الجمهور في بيع البستان واستثناء نخلات منه، خلاصته أنه يجوز أن يبيع الرجل بستانه المثمر ويستثنى منه عدداً من النخلات يختارها بعد البيع، كأن يقول: بعتك هذا البستان المثمر بمائة جنيه إلا خمس نخلات أختارها منه، بشرط أن يكون الثمر المستثنى قدر ثلث ثمر البستان كيلاً أو أقل[2]، قال مالك: «الأمر المجتمع عليه عندنا أن الرجل إذا باع ثمر حائطه له أن يستثنى من ثمر حائطه ما بينه وبين ثلث الثمر، لا يجاوز ذلك، وما كان دون الثلث فلا بأس به»، ويعلل مالك صحة هذا البيع بأن: «رب الحائط إنما استثنى شيئاً من ثمر حائط نفسه، وإنما ذلك شيء احتبسه من حائطه وأمسكه لم يبعه، وباع من ثمر حائطه ما سوى ذلك»[3].

وإنما جاز استثناء اليسير ــ الثلث فأقل ــ ولم يجز استثناء الكثير؛ لأنه إذا اشترط استثناء عدد كثير ذهب بمعظم الجملة فدخل كثير الغرر فيما بقى منها ففسد العقد، وإن اشترط اليسير بقي معظم الجملة فقل الغرر فيها، هذا إذا اشترط البائع أن يختار النخلات المستثناة، أما إذا أطلق القول بأن قال أبيعك هذا الحائط غير أربع نخلات فإن البيع يجوز، قل العدد أو كثر، ويكون البائع شريكاً بما استثناه من العدد، فلو كان عدد نخل الحائط أربعين كان له عشر الثمر مشاعاً[4].

● ● ●

---

(١) الأصل ص ١٠٠، والمغني ٤: ١٠٠ ــ ١٠٢، والمنتزع المختار ٣: ٥٨، والمحلى ٨: ٤٣١. ولا يجوز ابن حزم الاستثناء في البيع إلا في صورتين، الأولى: أن يكون المستثنى جزءاً مشاعاً منسوباً إلى الجميع، الثلث أو النصف. والثانية: أن يكون المستثنى عيناً معينة محوزة كهذه النخلة.

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٥٢

(٣) الموطأ بهامش المنتقى ٠: ٢٣٧ و ٢٣٨.

(٤) المنتقى ٤: ٢٣٨.

الفصل الثالث

الشرط الذي يزيد من الغرر الذي في العقد

هذا النوع من الشروط يكون في العقود التي في أصلها غرر، والتي يقول عنها بعض الفقهاء: إن الأصل منعها، ولكنها جازت استثناء، وسنأخذ عقد المضاربة كمثال؛ لأنه من أظهر العقود التي يقترن بها هذا النوع من الشروط.

الشروط التي تزيد من الغرر في المضاربة:

يقول ابن رشد: «اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز أن يقترن بعقد المضاربة شرط يزيد في الغرر الذي فيه، وإن كانوا اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما لا يقتضي»[1]، فمن هذه الشروط:

١ ــ اشتراط أحد المتعاقدين شيئاً زائداً من الربح لنفسه:

لا يجوز أن يشترط أحد المتعاقدين في عقد المضاربة لنفسه من الربح شيئاً زائداً غير ما انعقدت عليه المضاربة؛ لأن هذا الشرط يزيد من الغرر في المعقود عليه، لأن أحد المتعاقدين سيأخذ شيئاً محققاً ويبقى الآخر وحده في الخطر؛ ولهذا منع مالك أن يكون مع المضاربة بيع أو كراء أو أي عمل يشترطه أحدهما

---

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٣٦.

لصاحبه[١]، ومن هذا ما لو اشترط أحدهما أن يكون له من نصيب الآخر جنيه مثلاً؛ لجواز ألا يحصل له من الربح غيره[٢].

٢ ــ شرط الضمان على العامل:

إذا شرط رب المال الضمان على العامل إن تلف رأس المال بلا تفريط منه، فإن المضاربة لا تجوز عند مالك؛ لأن في ذلك زيادة غرر[٣]، وعند الحنابلة الشرط باطل، والعقد صحيح، لأن هذا شرط لا يؤدي إلى جهالة الربح فلا يفسد به العقد[٤]، وهو مذهب الحنفية[٥].

٣ ــ اشتراط تصرف خاص:

لا يجوز عند المالكية أن يشترط رب المال على العامل تصرفاً خاصاً من شأنه أن يضيق عليه محيط عمله، لأن هذا الشرط يزيد من الغرر بتقليل فرص الربح، وذلك كما لو اشترط عليه ألا يشتري إلا من فلان، أو ألا يشتري إلا في الصيف، أو ألا يشتري إلا من سوق كذا، ونحو ذلك؛ لأن ما يطلبه المضارب قد لا يوجد عند الشخص، أو في الزمان، أو المكان الذي قيده به رب المال، وفي هذا ــ كما قلنا ــ تضييق على العامل، ولهذا يجوز اشتراط التصرف الخاص الذي لا يترتب عليه تضييق، كأن يشترط عليه أن يتجر في سلعة معينة، ما دامت السلعة متوفرة طول السنة[٦].

والشافعية أيضاً لا يجوزون اشتراط تصرف خاص، فإن المضاربة عندهم

(١) المصدر السابق ٢:٢٣٨.
(٢) البحر الزخار ٤:٨٢.
(٣) بداية المجتهد ٢:٢٣٨.
(٤) المغني ٥:٦٢.
(٥) تحفة الفقهاء ٣:٢٥.
(٦) بداية المجتهد ٢:٢٣٨، والشرح الكبير ٣:٤٥٦ و ٤٥٨، وانظر أيضاً ٣:٤٦١.

لا تصح إلا على التجارة في جنس يعم كالثياب والفاكهة في وقتها، ولا تصح على ما لا يعم كالياقوت الأحمر والخيل البلق، وكذلك لا تصح في سلعة بعينها، ولا على ألا يشتري إلا من رجل بعينه؛ لأن المقصود من المضاربة الربح، فإذا علقت على ما لا يعم، أو على سلعة بعينها، أو على شخص بعينه تعذر المقصود، لأن السلعة قد لا توجد، والشخص المعين قد لا يوجد عنده ما يربح[١].

ويتفق الإمام يحيى والقاسمية مع المالكية والشافعية[٢].

وقال الحنفية: تجوز المضاربة مع اشتراط التصرف الخاص ويتقيد المضارب بالشرط ما دام التقييد مفيداً، فإن خالف ضمن، وذلك لأن الغرر في هذا الشرط يسير لا يؤثر في صحته، قياساً على ما أجمع عليه الفقهاء من صحة اشتراط رب المال على العامل ألا يتصرف تصرفاً خاصاً[٣].

والحنابلة كالحنفية يجوزون اشتراط تصرف خاص على العامل ما دام الشرط لا يمنع الربح بالكلية[٤].

● ● ●

(١) المهذب ١:٣٨٦.
(٢) البحر الزخار ٤:٨٥.
(٣) ابن عابدين ٤:٦٧٠، وانظر بداية المجتهد ٢:٢٣٨، والبحر الزخار ٤:٨٥.
(٤) المغني ٥:٦٢ ــ ٦٣.

القسم الثالث

الغرر المؤثر والغرر غير المؤثر

تمهيد

سيكون هذا القسم من الرسالة استنتاجاً من كل ما عرضته في القسمين السابقين، ومن غيره مما يتصل بالموضوع، لا أتقيد فيه بمذهب معين، وإنما أبين فيه ما أعتقده الصواب من آراء الفقهاء المختلفة، أو من غيرها مما تهدي إليه نصوص الشريعة في هذا الموضوع، والله أسأل أن يهديني إلى الحق، ويجنبني مواطن الزلل.

المراد بالغرر المؤثر:

أريد بالغرر المؤثر: الغرر الذي يكون معه العقد غير صحيح[1]، كبيع الملاقيح، والمضامين، وبيع الثمار قبل ظهورها، وبيع الملامسة، والمنابذة، وبيع مجهول الجنس أو النوع، وأريد بالغرر غير المؤثر: الغرر الذي لا يؤثر في صحة العقد بالرغم من وجوده فيه؛ «لأن نفي جميع الغرر في العقود لا يقدر عليه، وهو يضيق أبواب المعاملات»[2] ولهذا فقد عفا الشارع من بعض أنواع الغرر للأسباب التي سنعرفها فيما بعد.

---

(١) أريد بالعقد غير الصحيح ما يشمل الباطل والفاسد عند الحنفية، وذلك لأن الغرر كما يكون سبباً من أسباب فساد العقد حسب الاصطلاح الحنفي، وهو الغالب يكون أيضاً سبباً من أسباب البطلان، كما في بيع المعدوم وبعض حالات بيع متعذر التسليم. انظر ص ٣٦٩ و٣٦٣، وانظر ابن عابدين ٤: ١٤٩، وقارن مصادر الحق ٣: ١٣٦ ـ ١٣٧ و ١٥٨ و ٣٠٠.

(٢) الشاطبي في الاعتصام ٢: ١٤٣.

ضابط الغرر المؤثر:

الغرر المؤثر هو: **الغرر الكثير، في عقود المعاوضات المالية، إذا كان في المعقود عليه أصالة، ولم تدع للعقد حاجة.**

هذا هو الضابط الذي استطعت استخلاصه من النصوص الواردة في الغرر، ومن أقوال الفقهاء، ومن الفروع الكثيرة المتعلقة بأحكام الغرر، وواضح من هذا الضابط أن الغرر المؤثر لا بد أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

١ ــ أن يكون في عقود المعاوضات المالية.

٢ ــ أن يكون كثيراً.

٣ ــ أن يكون في المعقود عليه أصالة.

٤ ــ ألا تدعو للعقد حاجة.

فنتكلم عن هذه الشروط، كل في فصل:

● ● ●

الفصل الأول

الشرط الأول
أن يكون الغرر في عقد من عقود المعاوضات المالية

لا يؤثر الغرر إلا في عقود المعاوضات المالية، كالبيع والإجارة، والشركة، وذلك لأن الأصل في الفقه الإسلامي حرية التعاقد، ما لم يرد نص يحد من هذه الحرية، وقد ورد الحديث الصحيح بمنع بيع الغرر، فوجب الأخذ به ومنع كل بيع فيه غرر، ومقتضى هذا أن يؤثر الغرر في عقد البيع وحده ولكنا نظرنا فوجدنا أن الغرر إنما منع في البيع؛ لأنه مظنة العداوة والبغضاء، وأكل المال بالباطل، كما بين ذلك رسول الله ﷺ في حديث النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه[١]، ولما كان هذا المعنى متحققاً في كل عقود المعاوضات المالية ألحقناها بالبيع، وقلنا: إن الغرر يؤثر فيها كما يؤثر في البيع.

أما سائر العقود فلا يتحقق فيها المعنى الذي من أجله منع الغرر في البيع، ولهذا وجب ألا يكون للغرر أثر فيها؛ لعدم وجود دليل يمنع الغرر فيها من نص أو قياس صحيح.

---

(١) راجع ص ٣٧٥-٣٧٦.

فعقود التبرعات كالهبة مثلاً، لا يترتب على الغرر فيها خصومة ولا أكل المال بالباطل، فإذا وهب شخص لآخر ما تثمره نخلته هذا العام، فأثمرت النخلة انتفع المهدى له بما أثمرته، قليلاً كان أو كثيراً، وإن لم تثمر لا يخسر شيئاً؛ لأنه لم يدفع عوضاً، فليس ثمة ما يدعو إلى الخصام، ولا ما يترتب عليه أكل للمال بالباطل، وهذا بخلاف ما إذا باع شخص لآخر ما تثمره نخلته فإن هذا العقد يترتب عليه غالباً أكل أحد المتعاقدين مال الآخر بالباطل، ويؤدي إلى النزاع والخصومات؛ ذلك لأن البيع مدخول فيه على التقارب بين العوضين، فإذا ظهر أن هناك تفاوتاً كبيراً بينهما حصل الندم والحسرة والخصومة وأكل المال بالباطل، فلهذا كان من الحكمة والعدل منع كل عقد يكون مظنة لحدوث هذه الأشياء؛ لتستقر المعاملات، ويقضى على أسباب النزاع ما أمكن.

ومثل عقود التبرعات في عدم تأثير الغرر عليها، عقود المعاوضات غير المالية كالزواج والخلع، فإن المال في هذه العقود ليس هو المقصود منها، فإذا كان في المهر أو بدل الخلع غرر ينبغي ألا يؤثر فيه، فإذا تزوجها أو خالعها على ما تثمره نخلته فالتسمية صحيحة، لأن الغرر الذي فيها لا يفضي إلى المفسدة التي تحدث من الغرر في الثمن أو الأجرة، فإن المتعاقدين في الزواج وما أشبهه لا يطلبان بالعقد الكسب المالي، كما هو الشأن في البيع مثلاً، فإذا فات أحدهما من المال ما كان يؤمل، لا يصيبه ندم إذا كان قد وصل إلى مقصوده الأصلي من العقد. لأنه يكون داخلاً من أول الأمر على المكارمة والمسامحة في الجانب المالي.

• • •

الفصل الثاني

الشرط الثاني
أن يكون الغرر كثيراً

أجمع الفقهاء على أن الغرر الذي يؤثر في العقد هو الغرر الكثير، أما الغرر اليسير فلا تأثير له مطلقاً، والاختلاف الواسع بين الفقهاء الذي شاهدناه في أثر الغرر على عقد البيع وعقود المعاوضات المالية الأخرى لا يرجع إلى اختلاف في أصل القاعدة، وإنما يرجع إلى اختلافهم في تطبيقها، وهذا يكون في الحالات الوسط التي يتردد فيها الغرر بين الكثير واليسير، فيلحقه فقيه بالكثير ويفسد به العقد، ويلحقه فقيه آخر باليسير فيصح معه العقد[١].

فمن الأمثلة المتفق عليها للغرر اليسير الذي لا يؤثر في صحة العقد:

١ ــ بيع الجبة المحشوة وإن لم ير حشوها.

٢ ــ بيع الدار وإن لم ير أساسها.

---

(١) انظر بداية المجتهد ٢:١٥٥، والمقدمات الممهدات ٢:٢٢٢، والفروق ٣:٢٦٥، والمجموع ٩:٢٥٨، والاعتصام للشاطبي ٢:٤٣ ــ ١٤٤.

٣ ــ الإجارة على دخول الحمام، والشرب بعوض من ماء السقاء، مع اختلاف أحوال الناس في استعمال الماء، ومكثهم في الحمام.

٤ ــ إجارة الدار شهراً، مع أن الشهر قد يكون ثلاثين يوماً وقد يكون تسعة وعشرين[1].

ومن الأمثلة المتفق عليها للغرر الكثير المؤثر في صحة العقد:

١ ــ بيع الحصاة.

٢ ــ بيع الملامسة.

٣ ــ بيع المنابذة.

٤ ــ بيع مجهول الذات من غير أن يكون للمشتري حق في تعيينه.

٥ ــ بيع مجهول الجنس أو النوع.

٦ ــ بيع الحمل دون أمه.

٧ ــ بيع المضامين والملاقيح.

٨ ــ بيع المزابنة.

٩ ــ بيع المحاقلة.

١٠ ــ بيع ضربة الغائص.

١١ ــ بيع حبل الحبلة.

١٢ ــ تأجيل الثمن إلى أجل مجهول حصوله.

١٣ ــ بيع المرء ما ليس عنده.

١٤ ــ بيع الثمر قبل ظهوره.

١٥ ــ السلم فيما لا يغلب وجوده عند حلول الأجل.

يتبين من هذه الأمثلة أن المدى واسع جداً بين الغرر الكثير والغرر اليسير

١) الفروق ٣:٢٦٥، والمجموع ٩:٢٥٨ و ٣٠١.

المتفق عليهما، وفي هذا المدى الواسع يقع الغرر المتوسط، المختلف في تأثيره على العقد، ومن أمثلته.

١ ــ البيع المعلق والمضاف.

٢ ــ بيع ما يكمن في الأرض.

٣ ــ بيع ما يختفي في قشره.

٤ ــ بيع العرايا.

٥ ــ بيع الجزاف.

٦ ــ بيع الصوف على ظهر البهيمة.

٧ ــ بيع اللبن في الضرع.

٨ ــ البيع بغير ذكر ثمن.

٩ ــ البيع بسعر السوق.

١٠ ــ البيع بربح نسبة مئوية من الثمن.

١١ ــ البيع بسعر الوحدة.

١٢ ــ تأجيل الثمن إلى الميسرة.

١٣ ــ بيع الآبق.

١٤ ــ بيع السمك في الماء، والطير في الهواء.

١٥ ــ بيع المشتري المبيع قبل قبضه.

١٦ ــ بيع المغصوب.

١٧ ــ بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك.

١٨ ــ بيع الزرع الذي يوجد بعضه بعد بعض.

١٩ ــ بيع العين الغائبة.

٢٠ ــ السلم الحال.

٢١ ــ إجارة الأرض.

٢٢ ــ المزارعة.

٢٣ ــ المساقاة.

٢٤ ــ إجارة الفحل للضراب.

٢٥ ــ إجارة الشجر للثمر.

٢٦ ــ الجعالة.

٢٧ ــ شركة الأبدان.

٢٨ ــ شركة الوجوه.

٢٩ ــ شركة المفاوضة.

٣٠ ــ المضاربة المؤقتة.

يتبين من هذا العرض أن ما اختلف فيه الفقهاء من مسائل الغرر أكثر مما اتفقوا عليه، كما يتبين أن أكثر ما اتفقوا على منعه ورد فيه نص خاص، وقد تكلمنا عن هذه المسائل المتفق عليها والمختلف فيها في أماكنها من الرسالة بما فيه الكفاية، غير أن هناك مسألة تتعلق بسبب اختلاف الفقهاء في بيع الغائب أشار إليها ابن رشد، أريد أن أوضحها هنا لما لها من صلة بالموضوع:

بينا فيما مضى مذاهب الفقهاء في بيع العين الغائبة، واختلافهم في ذلك[١]، ونضيف هنا أن سبب الخلاف، كما يقول ابن رشد: «هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر في بيع الشيء، فيكون من الغرر الكثير، أم ليس بمؤثر، وأنه من الغرر اليسير المعفو عنه؟»[٢]. فالشافعي ومن وافقه رآه من الغرر الكثير؛ ولهذا منع في قوله الجديد بيع الغائب مطلقاً، وصف أو لم يوصف؛ وعلل ذلك بالنهي عن بيع الغرر. ومالك ومن معه ــ رآه من الغرر اليسير؛ ولهذا أجاز بيع الغائب على الصفة بالشروط التي تقدم ذكرها، واعتبر

(١) راجع ص٤٠٩ وما بعدها.

(٢) بداية المجتهد ٢: ١٥٦.

الصفة في هذه الحالة قائمة مقام المعاينة؛ ولهذا لم يجعل للمشتري الخيار إذا وجد المبيع كما وصف له. وأبو حنيفة ــ ومن وافقه ــ رأى أنه من الغرر الكثير، وكان مقتضى هذا ألا يجيز بيع الغائب، ولكنه أجازه لأنه أثبت للمشتري خيار الرؤية، وهذا الخيار عنده يرفع الغرر الموجود في بيع الغائب مطلقاً، وصف أو لم يوصف، ولهذا أثبت للمشتري هذا الخيار، ولو كان البيع على الصفة، ووجد المشتري المبيع كما وصف له؛ لأن الصفة عنده لا تقوم مقام الرؤية، كما يرى مالك، فسبب جواز بيع الغائب عند أبي حنيفة هو ثبوت خيار الرؤية لا وصف المبيع.

ضابط الغرر الكثير والغرر اليسير:

الكثرة والقلة في الغرر من الأمور النسبية التي تختلف باختلاف الزمان والمكان والأنظار؛ ولهذا فليس من السهل وضع حد فاصل بين الغرر الكثير الذي يؤثر في العقد، والغرر اليسير الذي لا يؤثر، وهذا هو سبب اختلاف الفقهاء في مسائل الغرر.

وقد رام بعض الفقهاء وضع ضابط للغرر الكثير والغرر اليسير، منهم الباجي فهو يرى: أن الغرر اليسير هو ما لا يكاد يخلو منه عقد، والغرر الكثير هو ما كان غالباً في العقد حتى صار العقد يوصف به[١]. وواضح أن هذا الضابط لا يضع حداً فاصلاً بين الكثير والقليل؛ لأن بين الغرر الذي لا يكاد يخلو منه عقد والغرر الذي يتمكن من العقد حتى يوصف العقد به مسافة واسعة يتسع فيها المجال للاختلاف.

(١) المنتقى ٥: ٤١، ويوافق ابن رشد الجد الباجي في ضابط الغرر اليسير، فقد جاء في المقدمات ٢: ٢٢٢ أن الغرر اليسير هو «الذي لا تنفك البيوع منه»، وفسره الشيخ الدسوقي بما من شأن الناس التسامح فيه. الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٥٢.

ومنهم الشيخ محمد علي، صاحب تهذيب الفروق، فقد قسم الغرر ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يحصل معه المعقود عليه أصلاً.

الثاني: ما يحصل معه المعقود عليه دنيا ونزراً.

الثالث: ما يحصل معه غالب المعقود عليه.

ثم قال فيجتنب الأولان ويغتفر الثالث[1].

وهذا التقسيم يقابل تقسيم الغرر إلى كثير وقليل، فالقسم الأول والثاني يقابلان الغرر الكثير، والقسم الثالث يقابل الغرر اليسير، غير أن هذا التقسيم غير واضح المعنى، وهو مع ذلك غير شامل لكل أنواع الغرر ــ فيما يظهر لي ــ لأنه يدور حول حصول المعقود عليه وعدم حصوله، مما يشعر بأن قائله يتحدث عن الغرر في وجود المعقود عليه فقط.

رأيي:

أرى أن وضع ضابط محدد للغرر الكثير والغرر اليسير في وقت واحد أمر غير ميسور؛ لأننا مهما فعلنا فسنجد أنفسنا قد حددنا الطرفين، وتركنا الوسط من غير تحديد مما يؤدي حتماً إلى الاختلاف؛ ولهذا فإني أرى سلوك أحد المسلكين الآتيين:

الأول: أن نترك هذه المعايير المرنة ــ الغرر الكثير واليسير والوسط ــ كما هي، تفسر حسب الظروف والأحوال واختلاف العصور والأنظار، ولهذا المسلك مزيته، وهي أنه يجعل نظرية الغرر نظرية مرنة تساير الحضارات المتطورة في كل عصر، مما يجعلها صالحة للبقاء والتطبيق في جميع الأزمنة والأمكنة، وقد أيد

(١) تهذيب الفروق ١: ١٧٠.

الدكتور السنهوري وضع الفقهاء لهذه المعايير المرنة للغرر وعدها حسنة من حسنات الفقه الإسلامي فكتب في مصادر الحق:

«. . . على أن الواجب يقتضينا أن نسجل للفقه الإسلامي حسنة من حسناته الكبرى، فهو قد اتخذ للغرر معايير مرنة أمكن معها تغاير الحلول عند تفاوت الظروف واختلاف الملابسات، فيستطيع الفقه الإسلامي من وراء هذه المعايير مسايرة الحضارة المتطورة في كل عصر، ولا شك في أن النظام القانوني الذي يتخذ المعايير المرنة ــ دون القواعد الجامدة ــ إنما يدل بذلك على تقدم كبير في الصناعة القانونية يجاري بها ما يستحدثه التطور، وعلى حيوية عظيمة تكمن فيه فتجعله صالحاً للبقاء في العصور المتعاقبة»[1].

الثاني: أن نضع ضابطاً للغرر الكثير وحده، ونقول: إنه هو الغرر المؤثر، وكل ما عداه فلا تأثير له، وخير ضابط هو ما قاله الباجي: الغرر الكثير هو ما غلب على العقد حتى أصبح العقد يوصف به، ومزية هذا الضابط أنه يقلل إلى حد كبير من الاختلاف في الغرر المؤثر وغير المؤثر، مع الاحتفاظ بمزية المرونة، فإن وصف العقد بأنه عقد غرر يتأثر حتماً باختلاف البيئات والعصور، فالمجتمع هو الذي يخلع على العقد هذه الصفة، وقد عرف المجتمع الجاهلي عقوداً بهذه الصفة، كبيع الحصاة، وبيع الملامسة، والمنابذة، ولذا جاء الحديث ينهي عن هذه البيوع بصفة خاصة وعن «بيع الغرر» بصفة عامة والتعبير «ببيع الغرر» يشعر بأن البيع المنهى عنه هو ما تمكن فيه الغرر حتى أصبح يوصف به ولعل هذا التعبير هو الذي أوحى للباجي بتفسيره للغرر الكثير المؤثر في العقد.

ونستطيع أن نجد تطبيقاً لهذا الضابط في عهد الرسول ﷺ وذلك في بيع الثمر قبل بدو صلاحه، فإن الناس كانوا يبيعون الثمر في عهد الرسول ﷺ واستمروا على

(١) مصادر الحق ٣: ٥٦.

ذلك إلى أن كثرت خصوماتهم بسبب هذا البيع؛ لكثرة ما يصيب الثمر من العاهة، وتبين أن هذا بيع غرر فنهاهم ﷺ عنه. ومن ذلك أيضاً أن أصحاب المزارع في عهد الرسول ﷺ كانوا يكرون مزارعهم بالماذيانات[1]، وما يسقي الربيع[2]، وعلى أن لصاحب الأرض هذه الناحية وللمزارع هذه، فيهلك هذا ويسلم هذا، ويسلم هذا ويهلك هذا، فاختصموا في ذلك إلى الرسول ﷺ، فنهاهم عن كراء الأرض بهذه الصفة، لأنه أصبح عقد غرر.

● ● ●

(١) الماذيانات ــ بذال معجمة مكسورة ــ: ما ينبت على حافة النهر ومسايل الماء.

(٢) الربيع: النهر الصغير.

الفصل الثالث

الشرط الثالث

أن يكون الغرر في المعقود عليه أصالة

الغرر الذي يؤثر في صحة العقد هو ما كان في المعقود عليه أصالة، أما الغرر في التابع، أي فيما يكون تابعاً للمقصود بالعقد[1]، فإنه لا يؤثر في العقد، ومن القواعد الفقهية المعروفة: «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها»[2].

والأمثلة على هذا كثيرة نذكر منها:

١ ــ بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها مع الأصل:

لا يجوز أن تباع الثمرة التي لم يبد صلاحها مفردة، لما في ذلك من الغرر كما ذكرنا، ولكن لو بيعت مع أصلهاجاز؛ لقوله ﷺ: «من ابتاع نخلة بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع». ومعنى هذا أنه يجوز أن يشترط مشترى النخلة التي أبرت أن تكون الثمرة له مع الأصل، فإذا قبل البائع ذلك انعقد

(١) لا فرق بين أن يكون التابع مما يدخل في البيع تبعاً، أو مما لا يدخل إلا بالشرط كما يتضح ذلك من الأمثلة المذكورة في الأصل.

(٢) المجلة العدلية، مادة (٥٤).

البيع على الشجرة والثمرة، مع أن الثمرة لم يبد صلاحها؛ يقول ابن قدامة في تعليل ذلك: لأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع فلم يضر احتمال الغرر فيها[1].

٢ ــ بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها مفردة لمالك الأصل:

وصورة ذلك أن يشتري النخلة التي أبرت من غير أن يشترط ثمرتها، فإن أصل النخلة في هذه الحالة تكون ملكاً للمشتري، وتكون ثمرتها ملكاً للبائع، فيبيعها للمشتري مفردة بعد ذلك، أو أن يوصي شخص لآخر بثمرة نخلة فيبيع الموصى له الثمرة لورثة الموصي المالكين للأصل.

وهذه الصورة وسط بين بيع الثمرة مفردة لغير مالك الأصل، وبيعها تبعاً مع الأصل؛ لأنها إذا بيعت لمالك الأصل تكون قريبة مما لو اشتراهما معاً؛ ولهذا فقد اختلف الفقهاء في صحة هذا البيع فأجازه بعضهم، ومنعه آخرون، وأساس الخلاف، هو: هل يعتبر الثمر هنا مبيعاً تبعاً أم لا؟ ويقرر ابن قدامة هذا الخلاف على النحو التالي:

«الثالث أن يبيعها مفردة لمالك الأصل... ففيه وجهان:

أحدهما: يصح البيع وهو المشهور من قول مالك، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأنه يجتمع الأصل والثمرة للمشتري فيصح كما لو اشتراهما معاً؛ ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال، لكونه مالكاً لأصولها وقرارها، فصح كبيعها مع أصلها.

والثاني: لا يصح، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، لأن العقد يتناول الثمرة خاصة، والغرر فيما يتناول العقد أصلاً يمنع الصحة، كما لو كانت الأصول

---

(١) المغني ٤ :٨٢، ويقول ابن قدامة إن هذا البيع جائز بالإجماع.

لأجنبي، ولأنها تدخل في عموم النهي، بخلاف ما إذا باعهما معاً فإنه مستثنى بالخبر المروي فيه... ولأن الثمرة تدخل تبعاً، ويجوز في التابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع»[1].

٣ ــ بيع ما لم يوجد من الزرع مع ما وجد:

أجاز بعض الفقهاء بيع ما لم يوجد من الزرع مع ما وجد إذا كان الزرع مما تتلاحق أبعاضه في الوجود كالقثاء والخيار عملاً بهذا الأصل. فممن أجاز هذا البيع المالكية والإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخاري من فقهاء الحنفية، وكان يقول: اجعل الموجود أصلاً في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعاً[2]. ولم يرتض المانعون هذه التبعية، لأن المعدوم ــ ما لم يوجد من الزرع ــ لا يصلح أن يكون تابعاً[3].

٤ ــ بيع الحمل مع الشاة:

عرفنا أن بيع الحمل دون أمه لا يجوز، لما في ذلك من الغرر، أما بيع الحمل مع أمه فإن كان البيع على الإطلاق بأن قال: بعتك هذه الشاة، فالبيع صحيح، ويدخل الحمل في البيع ولا يضر ما فيه من الغرر، لأنه تابع للمبيع، أما لو قال: بعتك هذه الشاة وحملها، أو مع حملها، ففي صحة البيع خلاف، قال بعضهم: لا يصح البيع؛ لأنه جعل المجهول مبيعاً مع المعلوم فكان مقصوداً بالبيع. وقال آخرون: يصح البيع كما في حالة الإطلاق، ويكون ذكر الحمل توكيداً وبياناً[4].

---

(١) المغني ٤ :٨٢.
(٢) المبسوط ١٢ :١٩٧.
(٣) المغني ٤ :٩٠ ــ ٩١.
(٤) المجموع ٩ :٣٢٣ ــ ٣٢٤.

والقول بالجواز أولى في نظري، لأن ذكر الحمل لا يخرجه عن كونه تابعاً، وما دمنا قد اغتفرنا الغرر في التابع فلا وجه للقول بعدم الجواز، ثم إن المتبايعين إذا كانا يعلمان أن الشاة حامل فلا فرق بين قول البائع: بعتك هذه الشاة، وقوله: بعتك هذه الشاة وحملها؛ لأنهما في الحالين يدخلان الحمل في تقدير الثمن، فإذا جاز البيع في الحالة الأولى ينبغي أن يجوز في الحالة الثانية ، لأن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ.

٥ ــ بيع اللبن في الضرع مع الشاة:

ومثل بيع الحمل مع الشاة في الحكم بيع اللبن في الضرع مع الشاة، بل الجواز هنا آكد؛ لورود نص به يؤيد القاعدة، يقول النووي: «أجمع المسلمون على جواز بيع حيوان في ضرعه لبن وإن كان اللبن مجهولاً، لأنه تابع للحيوان ودليله من السنة حديث المصراة»[١].

٦ ــ بيع ما يكمن في الأرض:

ومن هذا القبيل ما قاله بعض فقهاء الحنفية من جواز بيع ما يكمن في الأرض، إذا كان الموجود منه أكثر من المعدوم، لأن المعدوم يكون تابعاً للموجود، وما قاله بعض فقهاء الحنابلة من جوازه أيضاً إذا كان المقصود منه ظاهراً، لأن الكامن يكون تابعاً فلا تضر جهالته[٢].

٧ ــ إن بعت فلك درهم وإلا فنصف درهم:

يرى الزيدية أن الإجارة على البيع لا تجوز، فلو أجر شخصاً على أن يبيع له هذه السلعة لا يجوز؛ لأن البيع لا يتم إلا بالقبول، وهو غير مقدور للأجير فكان فيه غرر، ولكن لو قال للأجير: إن بعت فلك درهم وإن لم تبع فلك نصف درهم

(١) المجموع ٩: ٣٢٦.

(٢) انظر ص٢١٢.

صحت الإجارة، لأن البيع ــ كما يقول المرتضى ــ دخل تبعاً وليس مقصوداً فأشبه الحقوق، والجهالة تغتفر فيما يدخل تبعاً من الحقوق[١].

ومعنى دخول البيع تبعاً هنا هو أن الإجارة انعقدت على العمل وهو عرض السلعة للبيع لا على نفس البيع، والبيع يأتي تبعاً للعمل فلم يؤثر فيه الغرر.

• • •

(١) البحر الزخار ٤: ٥٠.

الفصل الرابع

الشرط الرابع
ألاّ تدعو للعقد حاجة

يشترط لتأثير الغرر في العقد ألا يكون الناس في حاجة إلى ذلك العقد، فإن كانت هناك حاجة إلى العقد لم يؤثر الغرر فيه، مهما كانت صفة الغرر وصفة العقد؛ لأن العقود كلها شرعت لحاجة الناس إليها، ومن مبادىء الشريعة العامة المجمع عليها رفع الحرج؛ «وما جعل عليكم في الدين من حرج»[1]، ومما لا شك فيه أن منع الناس من العقود التي هم في حاجة إليها يجعلهم في حرج؛ ولهذا كان من عدل الشارع ورحمته بالناس أن أباح لهم العقود التي يحتاجون إليها ولو كان فيها غرر.

ما المراد بالحاجة:

الحاجة ــ كما يقول السيوطي: هي أن يصل المرء إلى حالة بحيث لو لم يتناول الممنوع يكون في جهد ومشقة ولكنه لا يهلك[2] فالحاجة إلى عقد من

(١) سورة الحج: الآية ٧٨.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧٧، القاعدة الرابعة، والمواهب السنية بهامشه ص ١٥٤.

العقود تكون في حالة ما إذا لم يباشر المرء ذلك العقد كان في مشقة وحرج؛ لفوات مصلحة من المصالح المعتبرة شرعاً، فعقد السلم مثلاً مما تدعو إليه الحاجة؛ لأن المزارع قد لا يكون عنده المال الذي ينفقه في إصلاح أرضه وتعهد زرعه إلى أن يدرك، ولا يجد من يقرضه، فهو في حاجة إلى نوع من المعاملة يتمكن بها من الحصول على ما يحتاج إليه من المال، وإلا ضاعت عليه مصلحة استثمار أرضه وكان في حرج ومشقة، فمن أجل هذا أبيح السلم.

الحاجة دون الضرورة:

ويلاحظ أن السيوطي ذكر في تعريف الحاجة عبارة: «ولكنه لا يهلك» والغرض من هذه الجملة التفرقة بين الحاجة والضرورة، فحالة الضرورة كما يعرفها السيوطي أيضاً هي: أن يبلغ المرء حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب[1] وليس المراد بمقاربة الهلاك الإشراف على الموت، وإنما يكفي لوصول المرء حالة الضرورة أن يخاف على نفسه الهلاك ولو ظنا[2].

استعمال الفقهاء كلمة الضرورة مكان الحاجة:

لاحظت أن كثيراً من الفقهاء في حديثهم عن الغرر لا يفرقون بين الحاجة والضرورة، فيستعملون كلمة الضرورة في موضع الحاجة، وسأشير إلى هذا عند ذكر الأمثلة، والواقع أن الضرورة بالمعنى الذي ذكرته سابقاً يندر تحققها في موضوعنا هذا، ولذا لم أذكرها في الشروط، وأستطيع أن أقرر أن جميع الحالات

(١) المصدر السابق، والاضطرار ــ كما يقول الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ــ أقوى أنواع الحاجة وأبرزها. نظرية الإباحة: ٣٤٢، وانظر أيضاً: الإكراه بين الشريعة والقانون للأستاذ محمد زكريا البرديسي، مجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق بجامعة القاهرة ــ العدد الأول، السنة الحادية والثلاثون، ص ١ وما بعدها.

(٢) يقول الزرقاني: «حد الاضطرار أن يخاف على نفسه الهلاك علماً أو ظناً، ولا يشترط أن يصير إلى حال يشرف معها على الموت». الزرقاني على الموطأ ٣: ٩٥.

التي استعمل فيها الفقهاء كلمة الضرورة في حديثهم عن الغرر إنما يقصدون منها الحاجة، بل إن من الفقهاء من فسر الضرورة بمجرد الحرج والمشقة، وهو معنى الحاجة. يقول الدسوقي عند قول الدردير في شرحه لمتن خليل: «وجاز بيع وشراء معتمداً فيه على الأوصاف المكتوبة في البرنامج... للضرورة» «قوله للضرورة» أي لما في حل العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويثه...»[1]. ومنهم من فسر الحاجة بالضرورة، يقول الشيخ الدردير في شرحه لمتن خليل: «واغتفر غرر يسير للحاجة» أي للضرورة[2]. ونرى بعضهم يعلل جواز الغرر في عقد من العقود بالحاجة، بينما يعلله آخرون بالضرورة، مما يدل على أنهم يستعملون الكلمتين في معنى واحد، هو معنى الحاجة الذي بينته.

وأود أن أسجل هنا أن أكثر الفقهاء التزاماً لاستعمال كلمة الحاجة هو الشيرازي من فقهاء الشافعية، فإنه كلما ذكر مسألة ممنوعة وعلل المنع بالغرر أردفه بقوله: ﴿من غير حاجة﴾ كما أن فقهاء المالكية أكثر الفقهاء استعمالا لكلمة الضرورة.

ونذكر فيما يلي بعض أقوال الفقهاء في هذا الموضوع:

يقول ابن رشد عند الكلام على بيع ما يثمر بطونا مختلفة: «والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين، وأن غير المؤثر هو اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة أو ما جمع الأمرين»[3].

ويقول النووي: «الأصل أن بيع الغرر باطل للحديث، والمراد ما كان فيه

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣: ٢٤.

(٢) المصدر السابق ٣: ٥٢.

(٣) بداية المجتهد ٢: ١٥٧، وانظر أيضاً: المقدمات ٢: ٣٠٥، وتهذيب الفروق ١: ١٧. ويلاحظ أن هؤلاء الفقهاء الثلاثة استعملوا كلمة «الضرورة» مكان «الحاجة».

غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه، فأما ما تدعو إليه الحاجة، ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار، وشراء الحامل مع احتمال أن الحمل واحد أو أكثر، وذكر أو أنثى، وكامل الأعضاء أو ناقصها، وكشراء الشاة التي في ضرعها لبن، ونحو ذلك، فهذا يصح بيعه بالإجماع»[1].

ويقول ابن تيمية: «ومفسدة الغرر أقل من الربا، فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه، فإن تحريمه أشد ضرراً من ضرر كونه غرراً، مثل بيع العقار جملة وإن لم يعلم دواخل الحيطان والأساس، ومثل بيع الحيوان الحامل أو المرضع وإن لم يعلم مقدار الحمل أو اللبن، وإن كان قد نهى عن بيع الحمل منفرداً، وكذلك اللبن عند الأكثرين...»[2].

ويقول الكاساني في الكلام عن خيار الشرط: «هذا الخيار الأصل فيه المنع؛ لما فيه من الغرر، ولأنه مخالف لمقتضى العقد، وإنما جاز بالنص للحاجة إلى دفع الغبن بالتأمل والنظر»[3].

وفي تنوير الأبصار وشرحه في بيان حكم المزارعة «ولا تصح عند الإمام؛ لأنها كقفيز الطحان، وعندهما تصح وبه يفتى للحاجة..»[4].

(١) المجموع ٩: ٢٥٨، ولاحظ استعمال النووي «الحاجة» واستعمال ابن رشد «الضرورة»، مع أن مقصودهما واحد.

(٢) القواعد النورانية الفقهية ص ١١٨، وانظر أيضاً ص ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٥ و ١٣٧ منه، ويلاحظ أن الأمثلة التي ذكرها النووي وابن تيمية قد أوردت بعضها في أمثلة الغرر اليسير وبعضها في أمثلة الغرر في التابع، وهو أولى في نظري، لأن ما جاز للحاجة ينبغي أن يمثل له بغير ما جاز لقلة الغرر أو للتبعية لئلا يلزم التداخل، وإن كانت الحاجة متحققة في حالة الغرر اليسير والغرر في التابع.

(٣) البدائع ٥: ١٧٤، وانظر أيضاً المبسوط ١٣: ٤٠.

(٤) ابن عابدين ٥: ٢٣٩.

ويقول الباجي: «وإنما جوز الجعل في العمل المجهول والغرر للضرورة الداعية إلى ذلك»[1].

ويقول السيوطي في جواز الإجارة: «القياس يقتضي منع الإجارة، لأنها عقد يرد على منافع معدومة، وإنما شرعت لعموم الحاجة إليها، والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة»[2] ويقول مثل ذلك في الحوالة؛ لأنها من بيع الدين بالدين[3].

ويقول ابن قدامة في الاستدلال على جواز الجعالة: «ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فإن العمل قد يكون مجهولاً كرد الآبق والضالة ونحو ذلك ولا تنعقد الإجارة فيه، والحاجة داعية إلى ردهما، وقد لا يجد من يتبرع به فدعت الحاجة إلى إباحة بذل الجعل فيه مع جهالة العمل...»[4].

ويقول العاملي في إجارة الفحل للضراب: «والقصد من الضراب وإن كان هو الماء إلا أنه جوز للضرورة»[5].

ويقول المرتضى: «الجعالة جائزة لمس الحاجة إلى رد الضالِ ونحوه كالإجارة»[6].

الحاجة المعتبرة هي الحاجة العامة أو الخاصة:

الحاجة قد تكون عامة، وهي ما يكون فيها الاحتياج شاملاً لجميع الناس،

---

(١) المنتقى ٥:١١٠ و١١٢، ومثله في القرطبي ٩:٢٣٢، والمقدمات ٢:٣٠٥، وكلهم استعمل كلمة «الضرورة».

(٢) الأشباه والنظائر ص ٧٩.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المغني ٥:٦٥٦ ـــ ٦٥٧.

(٥) مفتاح الكرامة ٤:١٤٤.

(٦) البحر الزخار ٤:٦٢.

وقد تكون خاصة، وهي ما يكون فيها الاحتياج خاصاً بطائفة من الناس كأهل بلد أو حرفة، وقد تكون فردية وهي ما يكون فيها الاحتياج خاصاً بفرد أو أفراد لا تجمعهم رابطة واحدة.

فالحاجة العامة أو الخاصة هي التي نتحدث عنها، وهي التي يقول عنها الفقهاء: إنها تنزل منزلة الضرورة. جاء في المجلة العدلية: «الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة»[1].

الحاجة المعتبرة هي الحاجة المتعينة:

يشترط في الحاجة التي تجعل الغرر غير مؤثر أن تكون متعينة، ومعنى تعينها أن تنسد جميع الطرق المشروعة للوصول إلى الغرض، سوى ذلك العقد الذي فيه الغرر؛ لأنه لو أمكن الوصول إلى الغرض عن طريق عقد آخر لا غرر فيه، فإن الحاجة للعقد الذي فيه غرر لا تكون موجودة في الواقع؛ ولهذا لم تجز إجارة الغنم لشرب لبنها، كما لم يجز بيع لبنها في ضرعها؛ لأن الحاجة غير متعينة، إذ في الإمكان شراء اللبن بعد أن يحلب، بينما جازت إجارة الظئر باتفاق الفقهاء؛ لأن الإرضاع لا يكون إلا عن هذا الطريق، فالحاجة إلى هذا العقد متعينة ومن أجل هذا قلت: إنه ينبغي أن تجوز إجارة الشاة لإرضاع السخال[2].

ومن ذلك بيع ما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض، فقد احتج المجوزون لبيع ما لم يظهر منه مع ما ظهر بأن الحاجة تدعو إلى بيعه، ولا يمكن بيعه إلا على هذا الوجه، واحتج المانعون بأن الحاجة غير متعينة؛ لأنه يمكن الوصول إلى

---

(١) القاعدة (٣٢)، وانظر أيضاً: الأشباه والنظائر ص ٧٩، والفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ١:٦٦٧، وانظر: «أثر الحاجة في الترخيص» في نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٣٤٢ وما بعدها.

(٢) راجع ص٢٧١ و٤٨٧ و٤٩٣.

الغرض بطريق أخرى بيناها في موضعها، وبينا ما فيها من فساد[1].

ومن هذا القبيل ما قاله الحنفية من عدم جواز شراء الثمر قبل بدو صلاحه واستئجار الشجر إلى أن يدرك الثمر، فقد عللوا عدم جواز الاستئجار بأن الحاجة غير متعينة؛ لأن في إمكان المشتري أن يشتري الثمار والشجر معا. جاء في فتح القدير: «ولو باع ما لم يتناه عظمه مطلقاً عن الشرط ثم تركه، فإما بإذن البائع إذناً مجرداً، أو إذناً ضمن الإجارة، بأن استأجر الأشجار إلى وقت الإدراك، أو بلا إذن، ففي الصورتين الأوليين يطيب له الفضل والأكل، أما في الإذن المجرد فظاهر، وأما في الإجارة فلأنها إجارة باطلة لعدم التعارف في إجارة الأشجار، وعدم الحاجة، فإن الحاجة ليست بمتعينة في ذلك، وإنما يتعين لو لم يكن مخلص إلا بالاستئجار، وهنا يمكن أن يشتري الثمار مع أصولها فيتركها عليها»[2] ولا يخفى ما في هذا المخلص من عسر ــ كما يقول الكمال ــ فإن مشتري الثمرة قد لا يكون في حاجة إلى الشجر، وقد لا يكون عنده ما يشتري به، وقد لا يوافقه صاحب الشجر على بيعه. وإنما ذكرت هذه المسألة؛ لأن فيها تقريراً واضحاً لأصل القاعدة، وإن كان المثال غير مقبول في نظري.

والذي حمل الحنفية على هذا هو أنهم يرون البيع المطلق يقتضي القطع فهو جائز إذن، على عكس ما يرى الجمهور من أن البيع المطلق يقتضي الترك فهو غير جائز، لعدم الحاجة، لأن في إمكان المشتري أن ينتظر إلى أن يبدو صلاح الثمر فيشتريه.

ومن ذلك ما قاله مالك في جواز المساقاة وعدم جواز المزارعة، من أن المساقاة جازت، لأن صاحب الشجر لا يستطيع أن يبيع منفعته المقصودة منه وهي

(١) انظر ص٣٩٧ و ٣٩٨.
(٢) فتح القدير ٥ : ١٠٣.

الثمر قبل بدو صلاحه، ولم تجز المزارعة، لأن صاحب الأرض يستطيع أن يكريها بدراهم معلومة، ومعنى هذا أن الحاجة في المساقاة متعينة عند مالك، لأن الانتفاع بالشجر قبل أن يبدو صلاح ثمره لا يكون إلا عن طريق المساقاة، أما الحاجة إلى المزارعة فغير متعينة، لأن الانتفاع بالأرض ممكن عن طريق الكراء، وهو لا غرر فيه في نظر مالك[1].

الحاجة تقدر بقدرها:

من القواعد المعروفة أن الحاجة تقدر بقدرها، أي أن ما جاز للحاجة يقتصر فيه على ما يزيل الحاجة فقط، ومن تطبيقات هذه القاعدة في موضوعنا ما قاله الحنفية من أن خيار التعيين لا يكون في أكثر من ثلاثة أشياء، لأن الحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة: لأن فيها الجيد والوسط والرديء، يقول الكاساني في هذا: «... والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة، لاقتصار الأشياء على الجيد والوسط والرديء، فيبقى الحكم في الزيادة مردود إلى أصل القياس»[2] وأصل القياس المنع؛ لما فيه من الغرر الناشىء عن الجهالة بذات المبيع.

ومن ذلك أن هذا الخيار يجوز اشتراطه من المشترى دون البائع، لأن البائع لا حاجة له إلى الاختيار؛ لأنه عارف بالمبيع: يقول الكمال في ذلك: «وإذا ظهر أن جواز هذا البيع للحاجة إلى اختيار ما هو الأرفق والأوفق لمن يقع الشراء له حاضراً أو غائباً، ظهر أنه لا يجوز للبائع، بل يختص خيار التعيين بالمشتري؛ لأن البائع لا حاجة له إلى اختيار الأوفق والأرفق؛ لأن المبيع كان معه قبل البيع وهو أدرى بما يلائمه منه»[3].

(١) راجع ص ٤٧٨ و٤٨١ .
(٢) البدائع ٥ : ١٥٧ .
(٣) فتح القدير ٥ : ١٣١ .

أقول: مقتضى هذا التعليل أن يجوز الخيار للبائع إذا كان في حاجة إلى اختيار الأوفق، وهو متصور وإن كان نادراً، وقد قال بذلك الكرخي من فقهاء الحنفية[١].

ومن ذلك ما قاله أبو حنيفة وزفر من أن خيار الشرط لا يصح تأقيته بأكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه جاز للحاجة إلى دفع الغبن بالنظر والتأمل، والثلاث مدة صالحة لهذا، وما وراء ذلك لا نهاية له[٢].

ومن ذلك جواز الجعالة مع جهالة العمل، وعدم جوازها مع جهالة الجعل؛ لأن الحاجة تدعو إلى جهالة العمل، ولا حاجة تدعو إلى جهالة الجعل، يقول الباجي: «ولا يجوز أن يكون الجعل مجهولا؛ لأنه لا ضرورة تدعو إلى ذلك وإنما جاز أن يكون العمل مجهولاً للضرورة الداعية إلى ذلك» ويضيف ابن العربي: «وما يسقط بالضرورة لا يتعدى سقوطه إلى ما لا ضرورة فيه»[٣].

ومن ذلك أيضاً ما قاله المالكية على المشهور في المذهب: إنه يشترط في صحة الجعالة أن يكون في عمل العامل منفعة للجاعل كما في الجعالة على رد الضال، أما إذا لم تعد على الجاعل فائدة فلا تصح الجعالة، كأن يجعل شخص

(١) علق الأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور على رأي الكرخي بقوله: «وهو ما أميل إليه لأن ما أجيز للمشتري من أجله يصح أن يتوفر له، كما لو كان شخص يملك سيارتين فعرض عليه من له خبرة في السيارات أن يبيعه إحداهما وحدد لكل ثمناً. وكان هو في حاجة إلى التخلص من إحداهما ورغب أن يعرض الأمر على من له خبرة فقبل البيع على أن يكون له خيار التعيين». المدخل للفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٦٦١، وراجع ص١٨٦.

(٢) البدائع ٥: ١٧٤.

(٣) المنتقى على الموطأ ٥: ١١٣، وأحكام القرآن ٣: ١٠٨٥، ويلاحظ استعمال «الضرورة» بمعنى «الحاجة».

لآخر مبلغاً على أن يصعد جبلاً مثلا[١]؛ وذلك لأن الجعالة جازت للحاجة، ولا حاجة إلى الجعالة فيما لا مصلحة فيه للجاعل.

الصلة بين الحاجة والتعامل والاستحسان:

لاحظت أن فقهاء الحنفية كثيراً ما يقولون في كلامهم عن عقود الغرر: إن هذا العقد جاز لتعامل الناس أو للعرف أو للاستحسان، وقد يجمعون بين الاستحسان والتعامل، أو بين أحد هذين والضرورة أو الحاجة، وقد يجمعون الثلاثة في عبارة واحدة.

جاء في تنوير الأبصار وشرحه: «وجاز إجارة الحمام؛ لأنه عليه السلام دخل حمام الجحفة، وللعرف... وجاز بناؤه للرجال والنساء... للحاجة... وجاز إجارة الظئر... لتعامل الناس بخلاف بقية الحيوانات، لعدم التعارف»[٢].

وفي مجمع الضمانات: «المزارعة باطلة عند أبي حنيفة... وقالا جائزة والفتوى على قولهما؛ لتعامل الناس وللاحتياج إليها»[٣].

وفي حاشية ابن عابدين عن الحاوي: «سئل محمد بن سلمة عن أجرة السمسار فقال: أرجو أنه لا بأس به، وإن كان في الأصل فاسداً؛ لكثرة التعامل، وكثير من هذا غير جائز فجوزوه؛ لحاجة الناس إليه كدخول الحمام»[٤].

وجاء في الأصل: «وإذا اشترى الرجل ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم، وقبضهما على أن له الخيار أن يأخذ أحدهما... ثم اختار أحدهما ألزمته ثمنه وكان في الآخر أميناً... وأصل هذا البيع في القياس فاسد؛ لأنه اشترى

(١) الدسوقي ٤: ٥٩، والمقدمات ٢: ٣٠٧.

(٢) ابن عابدين ٥: ٤٣ ــ ٤٤، وفي الحاشية: (قوله لتعامل الناس) علة للجواز، وهذا استحسان.

(٣) مجمع الضمانات ص ٣١٤.

(٤) حاشية ابن عابدين ٥: ٥٣، وانظر أيضاً ص ٣٩ منه.

ما لم يعرف وما لم يعلم. . . ولكني أستحسن ذلك في الثوبين والثلاث إذا كان المشتري قد قبض واختاره»[١].

ويقول الزيلعي في الكلام عن بيع ما يوجد بعضه بعد بعض من الزرع: «وقيل: يجوز إذا كان الخارج أكثر، ويجعل المعدوم تبعاً للموجود استحساناً لتعامل الناس وللضرورة»[٢]. فهل التعامل والاستحسان عاملان آخران يجعلان الغرر غير مؤثر كالحاجة؟

الواقع أن التعامل والاستحسان ليسا بعاملين منفصلين عن الحاجة، فالحاجة هي الأصل، والتعامل والاستحسان يرجعان إليها، وبيان ذلك فيما يأتي:

(أ) التعامل مظهر للحاجة:

من الواضح أن الناس لا يتعاملون بعقد من العقود إلا إذا كانت هناك حاجة تدعوهم إلى التعامل به، فالتعامل دليل على وجود الحاجة فيما تعاملوا به ومظهر لها، وعدمه دليل على عدمها، والتعامل قد يكون عاماً، وذلك إذا كانت الحاجة عامة، وقد يكون خاصاً إذا كانت الحاجة خاصة، وهذان هما نوعا العرف المعتبر، وهما يلتقيان مع نوعي الحاجة المعتبرة، فالتعامل متصل بالحاجة اتصالاً وثيقاً، تنشأ الحاجة أولا، ثم يتبعها التعامل، ولا يتصور تعامل من غير حاجة، كما أن الحاجة العامة أو الخاصة لا تعرف إلا عن طريق التعامل العام أو الخاص.

وفي عبارات بعض فقهاء الحنفية ما يؤيد ما قلته، من ذلك قول الكاساني في تعليل جواز خيار التعيين: «. . . ولأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك[٣]» ومن ذلك أيضاً قول الكمال في عدم جواز إجارة الأشجار المجردة:

(١) الأصل ص ١٣٥ ــ ١٣٦.
(٢) الزيلعي ٤: ١٢.
(٣) البدائع ٥: ١٥٧.

«أصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل، ولا تعامل في إجارة الأشجار المجردة فلا تجوز»[١].

وهذا يعني أن الحاجة وحدها لا تكفي، ولا بد أن يصحبها التعامل؛ ولهذا جازت إجارة الأرض للزراعة؛ لأن الناس في حاجة إلى ذلك وقد تعاملوا به، وهكذا كل ما تعارف الناس إجارته، أما أنواع الإجارة التي لم يتعامل بها الناس فلا تجوز، فلو اشترى شخص ثمرة الشجرة قبل بدو صلاحها، واستأجر الشجرة إلى أن يدرك الثمر فالإجارة باطلة؛ لعدم تعارف الناس إجارة الأشجار المجردة، ومثل ذلك إجارة الشجر لتجفف عليه الثياب، وإجارة الأوتاد لتعليق الأشياء عليها، وإجارة الكتب للقراءة، ففي كل هذه الحالات لا تجوز الإجارة؛ لعدم تعامل الناس بها، وإن كان المستأجر قد يكون في حاجة إلى نوع من هذه الإجارات؛ لأن هذه الحاجة فردية، والحاجة لا تكون معتبرة إلا إذا كانت عامة أو خاصة وأمارة ذلك أن يصحبها تعامل عام أو خاص[٢].

(ب) الاستحسان يستند إلى الحاجة أو التعامل:

الاستحسان لا بد له من مستند يستمد منه حجيته هو ما يعبر عنه بوجه الاستحسان، وقد تتبعت المواطن التي ذكر فيها الحنفية الاستحسان في موضوعنا فوجدتهم يوجهون الاستحسان فيها تارة بالحاجة، وتارة بالتعامل، وقد عرفنا أن التعامل يرجع إلى الحاجة، فيكون الاستحسان راجعاً إلى الحاجة.

وهذه نصوص توضح ما قلناه:

يقول الكاساني: «إذا قال: بعتك أحد هذه الأثواب الأربعة بكذا، وذكر خيار التعيين أو سكت عنه، أو قال: بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب

(١) فتح القدير ٥: ١٠٣.
(٢) المصدر السابق، والبدائع ٥: ١٦٦ و ١٧٣، وانظر الكلام عن العرف في نظرية الإباحة ص ٣٧٩ ــ ٣٨٤.

الثلاثة بكذا، وسكت عن الخيار، فالبيع فاسد، لأن المبيع مجهول ولو ذكر الخيار بأن قال: على أنك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا، وترد الباقي، فالقياس أن يفسد البيع، وفي الاستحسان لا يفسد. وجه القياس أن المبيع مجهول؛ لأنه باع أحدهما غير معين، وهو غير معلوم، فكان المبيع مجهولاً، فيمنع صحة البيع، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة وذكر الخيار. ووجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط، والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن»[1]. فهذا عقد فيه غرر جاز استحساناً، والاستحسان هنا يستند إلى الحاجة.

ويقول السرخسي في بيع الثمار: «... فأما إذا تناهى عظم الثمار، وصار بحيث لا يزداد ذلك، ولكن لم ينضج، فإن اشتراه بشرط القطع أو مطلقاً يجوز، وإن اشتراه بشرط الترك ففي القياس فاسد، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما قلنا، وجوز محمد العقد في هذا الفصل استحسانا؛ لأنه شرط متعارف، ومدة الترك يسيرة، وقد يتحمل اليسير فيما لا يتحمل فيه الكثير...»[2].

فهذا استحسان مبني على التعارف وعلى قلة الغرر.

ويقول الكاساني عن الاستصناع: «القياس يأبى جواز الاستصناع؛ لأنه بيع المعدوم... وفي الاستحسان جاز؛ لأن الناس تعاملوه في سائر الأعصار من غير نكير فكان إجماعاً منهم على الجواز[3].

وهذا استحسان يستند إلى التعامل الجماعي.

• • •

(١) البدائع ٥: ١٥٧، وانظر أيضاً فتح القدير ٥: ١٣٠.

(٢) المبسوط ١٢: ١٩٥ ــ ١٩٦.

(٣) البدائع ٥: ٢٠٩، وانظر أيضاً ٥: ٢.

القسم الرابع[1]

عقود الغرر في التقنين المصري وحكمها في الشريعة الإسلامية

تحدث التقنين المدني المصري في الباب الرابع من الكتاب الثاني ــ العقود المسماة ــ عن أربعة عقود: المقامرة، والرهان، والمرتب مدى الحياة، والتأمين، تحت عنوان: «عقود الغرر»، فمنع المقامرة والرهان مع بعض الاستثناءات، وجوز المرتب مدى الحياة والتأمين.

وسأتكلم عن الجانب الذي يتصل بموضوعنا في هذه العقود، في ثلاثة أبواب.

الباب الأول: المقامرة والرهان.

الباب الثاني: المرتب مدى الحياة.

الباب الثالث: التأمين.

• • •

(١) الغرض من هذا القسم تطبيق نظرية الغرر على بعض العقود المالية المعاصرة، هي العقود التي جاءت في التقنين المدني المصري تحت عنوان عقود الغرر، ولذا سأتحدث عن هذه العقود في القانون بالقدر الذي يبين حقيقتها، ثم أذكر حكمها في الفقه الإسلامي على ضوء ما قررته في القسم الثالث.

الباب الأول

المقـامـرة والـرهـان

الفصل الأول

المقامرة والرهان في القانون[1]

التعريف بالمقامرة والرهان:

المقامرة عقد يتعهد بموجبه كل مقامر أن يدفع إذا خسر المقامرة للمقامر الذي كسبها مبلغاً من النقود، أو أي شيء آخر يتفق عليه.

والرهان عقد يتعهد بموجبه كل من المتراهنين أن يدفع، إذا لم يصدق قوله في واقعة غير محققة، للمتراهن الذي يصدق قوله فيها مبلغاً من النقود، أو أي شيء آخر يتفق عليه[2].

فكل من المقامرة والرهان عقد من عقود الغرر؛ لأن المقامرين والمتراهنين

(١) المراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية ٥:٣٠ ـ ٣٠٤، والوسيط للدكتور السنهوري ٧:٩٨٥ ـ ١٠٤٠، وشرح القانون المدني الجديد للدكتور محمد كامل مرسي ٢:٤٢٧ ـ ٤٥٢.

(٢) الوسيط للدكتور السنهوري ٧:٩٨٥، المجلد الثاني.

لا يستطيع أن يحدد كل منهم وقت العقد مقدار ما يعطى أو يأخذ، ففي كل من العقدين يتوقف ما يدفعه العاقد أو يدفع له على أمر غير محقق، هو نتيجة المقامرة أو الرهان، غير أن المقامرة تختلف عن الرهان في أن المقامر يقوم بدور إيجابي في محاولة تحقيق الواقعة، أما المتراهن فلا يقوم بأي دور في محاولة تحقيق صدق قوله، فإذا اتفق المتبارون في الألعاب الرياضية على أن من يكسب منهم يأخذ من الخاسر مبلغاً من المال فهذه مقامرة؛ لأن المتعاقدين يبذل كل منهم جهده في أن يكون هو الكاسب، أما إذا اتفق عدد من المشاهدين للمباراة على أن من يصدق قوله منهم في تعيين الفائز يأخذ من الآخرين مبلغاً معيناً فهذا رهان، لأن المشاهد لا يقوم بأي عمل إيجابي في محاولة تحقيق الواقعة[1].

حكم المقامرة والرهان في القانون:

بين التقنين المدني المصري حكم المقامرة والرهان في مادتين هذا نصهما:

مادة (٧٣٩): يكون باطلاً كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان، ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره، ولو كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق.

مادة (٧٤٠): يستثنى من أحكام المادة السابقة، الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية، ولكن للقاضي أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه، ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب.

تدل المادة (٧٣٩) على أن كلا من عقد المقامرة والرهان باطل بطلاناً مطلقاً

(١) لم يلتزم التقنين المصري هذه التفرقة، فقد جاء في المادة (٧٤٠): «يُستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية».
والتفرقة مأخوذة عن الدكتور السنهوري ٧: ٩٨٦ ومحمد كامل مرسي ٢: ٤٢٧.

لا ترد عليه إجازة؛ وذلك لمخالفته للنظام العام والآداب، فالمقامر والمتراهن لا يعتمد فيما يكتسبه على السعي والعمل، وكل اعتماده على الحظ والمصادفة، وكثيراً ما تسببت المقامرة والرهان في خراب بيوت عامرة، وتشتيت أسر كانت آمنة مطمئنة، ثم إن المجتمع الذي ينصرف أفراده إلى المقامرة والرهان لا يلبث أن تضمحل ثروته؛ لأن المقامر والمتراهن لا ينتج شيئاً؛ وإنما تنتقل الثروة من مقامر إلى مقامر آخر.

ويترتب على بطلان المقامرة والرهان ألا يكون للعقد أي أثر، فلا يستطيع من كسب في مقامرة أو رهان أن يجبر من خسر على دفع المبلغ المتفق عليه، وإذا دفع الخاسر المبلغ المتفق عليه كان له أن يسترده، ولو كان دفعه له باختياره، بل ولو كان هناك اتفاق على عدم جواز استرداده؛ وذلك لأن الخاسر دفع ما ليس مستحقاً في ذمته؛ ولأن جواز الاسترداد من النظام العام، فالاتفاق على خلافه يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام، وقد نص القانون على هذا الحكم صراحة في الفقرة الثانية من المادة (٧٣٩). وقد حدد القانون المدة التي يبقى فيها حق الاسترداد بثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه الخاسر ما خسره.

الرهان في الألعاب الرياضية

الأصل في القانون تحريم المقامرة والرهان، ولكن هناك استثناءات من هذا الأصل، نصت المادة (٧٤٠) على اثنين منها، أحدهما «الرهان الذي يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً في الألعاب الرياضية».

والألعاب الرياضية التي أجاز القانون الرهان فيها هي الألعاب التي تقوم على المهارة ورياضة الجسم كالجمباز، والكرة، والجري، وسباق الخيل، والمصارعة، والسباحة، والرماية؛ وذلك تشجيعاً لهذه الألعاب؛ لما فيها من تقوية الجسم واستكمال أسباب الصحة.

وواضح من نص المادة أن العقد لا يكون مشروعاً إلا إذا كان بين المتبارين أنفسم، أما إذا كان بين غيرهم فإنه يكون رهاناً غير مشروع، ففي سباق الخيل إذا تم العقد بين المتسابقين كان صحيحاً، أما إذا تم بين النظارة على من يفوز من المتسابقين فهو عقد رهان باطل، ولو كان هناك إذن إداري خاص بالمراهنة.

أوراق النصيب

الاستثناء الثاني من تحريم الرهان هو: «ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب» وذلك أن اللعب بأوراق النصيب من الرهان الممنوع. ولعبة النصيب هي لعبة يسهم فيها عدد من الناس بأن يدفع كل منهم مبلغاً صغيراً ابتغاء كسب النصيب، وهو عبارة عن مبلغ كبير أو أي شيء آخر يوضع تحت السحب، ويكون لكل مساهم رقم، ثم توضع أرقام المساهمين في مكان ويسحب منها عن طريق الحظ رقم أو أرقام، فمن خرج رقمه كان هو الفائز بالنصيب.

فالأصل في ألعاب النصيب التحريم، ولكن القانون[1] أجاز للجهة الإدارية أن ترخص في عمل معين من ألعاب النصيب؛ توخياً لتحقيق بعض الأغراض الخيرية التي تقوم على اقتطاع جزء من الكسب الذي تدره هذه الألعاب.

البيوع الآجلة في البورصة

البيوع الآجلة في البورصة هي: ما كان فيها التزام البائع بالتسليم الناقل للملكية، والتزام المشتري بدفع الثمن مؤجلين إلى يوم معين يسمى يوم التصفية.

والبيوع الآجلة تكون في الأوراق المالية المسعرة أو في البضائع، وكثيراً ما يبيع الإنسان ما لا يملكه وقت العقد اعتماداً على أنه يستطيع الحصول عليه وقت التسليم، ويسمى هذا بالبيع الآجل على المكشوف، وكثيراً ما يكون الغرض من

(١) انظر القانون رقم (١٠) الصادر في ٧ مارس سنة ١٩٠٥م بشأن أعمال اليانصيب.

هذه المعاملة مجرد المضاربة على فروق الأسعار، فلا يكون المشتري راغباً في التسلم ولا البائع قاصداً إلى التسليم، فإذا باع شخص عشرة أسهم بيعاً آجلاً بسعر السهم مائة جنيه فإنه يكون مؤملاً أن ينزل سعر السهم إلى تسعين جنيهاً يوم التصفية، فيربح عشرة جنيهات عن كل سهم، في حين أن المشتري يكون مؤملاً أن يرتفع السعر إلى مائة وعشرة، فيربح عشرة جنيهات في السهم، فالبائع يضارب على الهبوط، والمشتري يضارب على الصعود، فإذا جاء يوم التصفية لا تحصل عملية تسليم وتسلم بين البائع والمشتري، وإنما يتقاضى البائع الفرق من المشتري إذا هبط السعر، أو يدفع للمشتري الفرق إذا ارتفع السعر، فيرى من هذا أن عملية المضاربة على فروق الأسعار تدخل في الرهان الممنوع؛ لأن البائع يراهن على هبوط السعر في اليوم المحدد، والمشتري يراهن على صعوده، ومن يصدق تنبؤه يكسب الفرق.

وقد كان القانون المصري يلحق البيع الآجل الذي يؤول إلى مجرد دفع الفروق بالرهان غير المشروع إلى أن صدر القانون رقم (٢٣/ ٢٤) لسنة ١٩٠٩ فنص فيه على ما يأتي: «الأعمال المضافة إلى أجل، المعقودة في بورصة مصرح بها، طبقاً لقانون البورصة ولوائحها، وتكون متعلقة ببضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة، تعتبر مشروعة وصحيحة، ولو كان قصد المتعاقدين منها أن تؤول إلى مجرد دفع الفروق، ولا تقبل أي دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يؤول إلى مجرد دفع فروق، انقعد على ما يخالف النصوص المتقدمة».

فمنذ صدور هذا القانون أصبحت المضاربة على فروق الأسعار مشروعة متى ما حصلت في بورصة مصرح بها طبقاً لقانون البورصة ولوائحها، فيكون هذا استثناء ثالثاً من تحريم الرهان.

• • •

الفصل الثاني

المقامرة والرهان في الفقه الإسلامي

الميسر وتحريم القرآن له:

من النظم التي كانت سائدة في المجتمع الجاهلي عند ظهور الإسلام الميسر، وهو المقامرة بالأقداح[1] لاقتسام الجزور[2] بطريقة خاصة[3]، فالميسر إذاً ضرب من ضروب القمار، أو هو «قمار أهل الجاهلية» كما يقول أبو حيان[4].

فلما جاء الإسلام حرمه تدريجياً، كما فعل في الخمر، فنزل فيه أولا قوله تعالى: **﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس، وإثمهما أكبر من نفعهما﴾**[5] فكان هذا إيماء إلى تحريم الميسر؛ لأن ما زاد ضرره على نفعه فالواجب تركه، ثم نزل بعد ذلك التحريم الجازم في قوله تعالى: **﴿يـأيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون، إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في**

(١) الأقداح جمع قِدح ــ بكسر القاف ــ، وهو قطعة من غصن مسواة مشذبة.

(٢) الجزور: اسم للذكر والأنثى من الإبل.

(٣) انظر الميسر والأزلام للأستاذ عبد السلام محمد هارون.

(٤) تفسير أبي حيان ٢: ١٥٧.

(٥) سورة البقرة: الآية ٢١٩.

الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة، فهل أنتم منتهون﴾[1].

الميسر، والقمار، والرهان:

القمار كما يقول البقاعي في تفسيره هو «كل مراهنة على غرر محض»[2] فهو إذاً أعم من الميسر؛ لأن الميسر وإن كان يشترك مع القمار في أنه مراهنة على غرر محض، إلا أنه مراهنة من نوع خاص، فهو ــ كما قلنا ــ ضرب من ضروب القمار، على أن الفقهاء ألحقوا بميسر الجاهلية سائر ضروب القمار، فقد قال ابن سيرين ومجاهد وعطاء: «كل شيء فيه خطر فهو من الميسر حتى لعب الصبيان بالجوز»[3].

وقال مالك: الميسر ميسران: ميسر اللهو، فمنه النرد والشطرنج والملاهي كلها، وميسر القمار وهو ما يتخاطر الناس عليه[4].

وقد ذكر الفقهاء ضابطاً للقمار المحرم هو أن يكون كل من المقامرين غانما أو غارما[5]، فلو تسابق شخصان على أن السابق منهما يأخذ من الآخر جنيها فهذا قمار؛ لأن كلا من المتسابقين إما أن يغنم جنيها أو يغرم جنيها، أما لو قال أحدهما للآخر، إن سبقتني فلك جنيه، وإن سبقتك لا آخذ منك شيئاً فليس هذا قماراً. ولا خلاف بين الفقهاء في تحريم القمار.

أما الرهان فإنه يستعمل في المسابقة، وفي حديث مجاهد عن النبي ﷺ قال: «لا تحضر الملائكة شيئاً من الملاهي سوى النضال والرهان»[6] فسر في السير

(١) سورة المائدة: الآيتان ٩٠، ٩١.

(٢) عن الميسر والأزلام للأستاذ عبد السلام محمد هارون ص ١٦.

(٣) الفخر الرازي ٢: ٢٣٢.

(٤) تفسير أبي حيان ٢: ١٥٧.

(٥) البحر الزخار ٥: ١٠٩، والمغني ٨: ٦٥٤ و ٦٥٨ و ٩: ١٧٠، وابن عابدين ٥: ٣٥٥.

(٦) ورد هذا الحديث في السير الكبير، ولم أهتدِ إليه في كتب الحديث المعروفة.

الكبير النضال بالرمي والرهان بالمسابقة[١]، ونقل ابن قدامة عن الأزهري أنه قال: النضال في الرمي، والرهان في الخيل، والسباق فيهما[٢] فجعل الأزهري الرهان خاصاً بالمسابقة في الخيل. وذكر ابن جزي أن الرهان هو المسابقة بعوض[٣]، وتخصص أكثر كتب الفقه بابا للمسابقة أو السبق، والرمي أو المناضلة، فنتكلم عن حكم المسابقة.

المسابقة[٤]

المسابقة أو السبق[٥] قد تكون بعوض، وقد تكون بغير عوض، فأما المسابقة بغير عوض فهي جائزة مطلقا في الخيل وغيرها من الدواب والسفن وعلى الأقدام، وفي رمي الأحجار والمصارعة وغير ذلك، بل هي مرغب فيها؛ لما فيها من تقوية الجسم والإعداد للدفاع عن الدين[٦].

المسابقة بعوض:

وأما المسابقة بعوض ـ وهي الرهان الذي يهمنا بيانه ـ فمنها ما يجوز، ومنها ما لا يجوز، وتفصيل ذلك أن العوض قد يكون من المتسابقين، وقد يكون من أحدهما، وقد يكون من غيرهما.

(١) السير الكبير ص ٢٤٠، طبعة جامعة القاهرة.
(٢) المغني ٨:٦٥٢.
(٣) القوانين الفقهية ص ١٥٦.
(٤) انظر في هذا الموضوع بصفة عامة: السير الكبير ص ٢٣٧ ـ ٢٤٥ و ٢٨٠ ـ ٢٨١، وابن عابدين ٥:٢٤٧ و ٣٥٤ ـ ٣٥٧ و ٦٥٧ ـ ٦٥٩، والدسوقي على الشرح الكبير ٣:٢٠٨ ـ ٢١١، طبعة مصطفى محمد، والأم للشافعي ٤:١٤٧ ـ ١٥٥، والمغني ٨:٦٥١ ـ ٦٧٦ و ٩:١٧٢، والبحر الزخار ٥:١٠١ ـ ١٠٩.
(٥) السبْق ـ بسكون الباء ـ: المسابقة، ـ وبفتحها ـ: الجعل الذي يسابق عليه.
(٦) انظر ما ورد في ذلك من الأحاديث والآثار في السير الكبير ٢٤٠ و ٢٨٠ طبعة جامعة القاهرة، والبحر الزخار ٥:١٠١ و ١٠٢ و ١٠٦، ونيل الأوطار ٨:٢٣٨ وما بعدها.

العوض من المتسابقين:

فإن كان العوض من المتسابقين، بأن أخرج كل منهما جنيهاً مثلاً على أن السابق منهما يأخذ الجنيهين، أو قال أحدهما للآخر: إن سبقتني فلك مني جنيه، وإن سبقتك فلي عليك جنيه، فهذه هي المسابقة أو المراهنة الممنوعة، لأنها تدخل في القمار المنهى عنه إذ كل من المتراهنين إما أن يغنم جنيها وإما أن يغرم جنيهاً.

ومثل هذا في الحكم ما لو كان المتسابقون جماعة فأخرج كل واحد منهم جنيهاً على أن يأخذ السابق منهم جميع ما أخرجوه.

المحلل:

إذا تسابق اثنان أو أكثر على الصورة التي ذكرناها سابقاً، وأدخلا معهما أو معهم آخر لم يخرج شيئاً، على أنه إن سبق أخذ السبق، وإن سُبِق فلا شيء عليه، وأخذ السابق السبق، فقد اختلف الفقهاء في جواز هذه الصورة، فأجازها بعضهم، منهم سعيد بن المسيب، والزهري، والأوزاعي، وإسحاق، والحنفية، والحنابلة.

وحجتهم في ذلك أن دخول الشخص الثالث يخرج هذه الصورة من أن تكون قماراً، لأن الشخص لا يغرم شيئاً، وقد يغنم إذا سبق، ولهذا يسمى هذا الشخص المحلل، ويشترط أن يكون فرسه كفئاً للخيل التي دخل معها، يحتمل أن يسبقها، فإن لم يكن مكافئاً لها فوجوده كعدمه، لأنه مأمون سبقه، وذلك لما رواه أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: من أدخل فرساً بين فرسين، وهو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار؛ ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار، رواه أحمد وأبو داود[١].

ومنعها آخرون منهم جابر بن زيد، فقد قيل له: إن أصحاب رسول الله ﷺ

(١) ابن عابدين ٥:٣٥٥، والمغني ٨:٦٥٨، والبحر الزخار ٥:١٠٣.

كانوا لا يرون بالدخيل بأسا، قال: هم أعف من ذلك[1] كما منعها المالكية[2].

العوض من أحد المتسابقين:

وإن كان العوض من أحد المتسابقين بأن قال أحدهما للآخر إن سبقتني فلك جنيه، وإن سبقتك فلا شيء عليك، فهذا جائز؛ لأنه لا قمار فيه.

العوض من غير المتسابقين:

وإن كان العوض من غير المتسابقين فهو جائز أيضاً، سواء كان من الإمام، ولي الأمر ـ أو من غيره، ويجوز للإمام أن يخرج الجعل من بيت المال؛ لأن في ذلك مصلحة ونفعاً للمسلمين، لما فيه من الحث على الجهاد.

ما تجوز المسابقة فيه:

قلنا إن المسابقة بغير عوض تجوز مطلقاً من غير تقييد بشيء معين، أما المسابقة بعوض فقد قيدها الفقهاء بالخيل والإبل والرمي، لما رواه أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا سبق[3] إلا في نصل، أو خف، أو حافر». رواه أبو داود، والمراد بالنصل الرمي، وبالخف الإبل، وبالحافر الخيل، وقد نفى الحديث السبق في غير هذه الثلاثة، وهذا في المسابقة بعوض، للإجماع على جواز المسابقة بغير عوض في غير هذه الثلاثة.

واختصت هذه الثلاثة بتجويز العوض فيها؛ لأنها من آلات الحرب المأمور بتعلمها وإحكامها، قال تعالى: ﴿**وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم**﴾[4] وفي المسابقة بها مع العوض تشجيع على

(١) المغني ٨: ٦٥.
(٢) القوانين الفقهية ص ١٥٦، والدسوقي على الشرح الكبير ٢: ٢١٠.
(٣) قال الخطابي: الرواية الصحيحة بالفتح. ابن عابدين ٥: ٣٥٤.
(٤) سورة الأنفال: الآية ٦٠.

الاجتهاد فيها. وغير هذه الثلاثة لا يحتاج إليها في الجهاد كالحاجة إلى هذه الثلاثة.

وأضاف بعض الفقهاء إلى هذه الثلاثة: المسابقة على الأقدام والمصارعة؛ لأنهما من أسباب الجهاد[1]، وزاد آخرون: المسابقة في الطير، لأنها تعين في الجهاد لحمل الكتب، وفي السفن لأنها يقاتل عليها كالخيل[2].

والرأي الراجح عندي جوازها في كل ما يعلم الفروسية ويعين على الجهاد؛ لأن هذه هي العلة في جوازها في الخيل والإبل والرمي، وتخصيص الرسول ﷺ لها بالذكر وحصر جواز السبق فيها إنما كان لأنها أسباب الجهاد المتعارف عليها آنذاك، فإذا اعتاد الناس استعمال غيرها في الجهاد جازت المسابقة فيه بالعوض قياساً على جوازها فيما نص عليه، بل ينبغي جواز المسابقة بعوض في كل ما فيه حث على الخير، ومن هذا القبيل المسابقة بين طلبة العلم؛ لما في ذلك من الحث على الاجتهاد في العلم[3].

مقارنة بين الفقه والقانون:

يتبين من الأحكام التي ذكرناها أن المقامرة بجميع صورها ممنوعة في الفقه الإسلامي، وأن الرهان الممنوع[4] هو ضرب من القمار، وأن الاستثناءات التي جاء بها القانون لا يقرها الفقه الإسلامي، فالرهان بين المتبارين في الألعاب

(١) المغني ٨: ٦٥٣ ـ ٦٥٣، وابن عابدين ٥: ٣٥٤ و ٣٥٦.
(٢) البحر الزخار ٥: ١٠٣.
(٣) انظر السير الكبير ص ٢٤٤، وابن عابدين ٥: ٣٥٦.
(٤) الرهان الجائز في الفقه الإسلامي لا يدخل تحت مفهوم الرهان بالمعنى القانوني، لأن الرهان الجائز يكون الالتزام فيه من جانب واحد كما رأينا، في حين أن الرهان في القانون لا بد أن يكون الالتزام فيه من الجانبين، فعلى هذا يكون كل رهان بالمعنى القانوني قماراً في الفقه الإسلامي.

الرياضية الذي أجازه القانون استثناء لا يجوز في الفقه الإسلامي، سواء كان في سباق الخيل أو في غيره، ولا فرق في الفقه الإسلامي بين رهان يعقد بين المتبارين أنفسهم، ورهان يعقد بين غيرهم، لأن الكل قمار ما دام كل من المتراهنين يكون معرضاً للغنم أو الغرم.

وأوراق النصيب للأعمال الخيرية التي يرخص فيها القانون لا يجيزها الفقه الإسلامي، لأنها قمار، والقمار حرام أيا كان الدافع إليه، فإن الميسر الجاهلي الذي جاء القرآن بتحريمه كان الباعث عليه الكرم وإعانة الفقراء، فقد كان الفائز منهم يفرق ما كسبه على الفقراء، ويفتخر بذلك، وقلما يأخذه لنفسه[1]، وهذا هو نفع الميسر الذي قرره القرآن، ومع ذلك حرمه؛ لأن ضرره أكثر من نفعه، «يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس، وإثمهما أكبر من نفعهما».

والمضاربة على فروق الأسعار التي أجازها قانون سنة ١٩٠٩ لا تجوز في الفقه الإسلامي، فهي ضرب من القمار أو الرهان غير المشروع، كما كان القانون يعتبرها بحق قبل سنة ١٩٠٩، فهي في الواقع ليست من البيع في شيء، وإنما هي أكل المال بالباطل عن طريق المقامرة، فإن من يتقاضى الفرق من المضاربين لم يعمل عملا يستحق عليه شيئاً.

• • •

(١) تفسير البحر المحيط لأبي حيان ٢: ١٥٥، والفخر الرازي ٣: ٣٢.

الباب الثاني

المرتب مدى الحياة

الفصل الأول

المرتب مدى الحياة في القانون[1]

أورد التقنين المدني المصري أحكام المرتب مدى الحياة في ست مواد ٧٤١ ـ ٧٤٦ نكتفي بذكر المادتين الأوليين منها؛ لأن فيهما بيان ما نريده وهما:

مادة (٧٤١): «يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو غير عوض، ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية».

(٧٤٢): «يجوز أن يكون المرتب مقرراً مدى حياة الملتزم له، أو مدى حياة الملتزم، أو مدى حياة شخص آخر، ويعتبر المرتب مقرراً مدى حياة الملتزم له إذا لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك».

المرتب مدى الحياة هو إيرادٍ دوري يعطى لشخص مدة حياته أو مدة حياة

(١) المراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية ٥: ٣٠٥ ـ ٣١٨، والوسيط للدكتور السنهوري ٧: ١٠٤٣ ـ ١٠٧٩، وشرح القانون المدني للدكتور محمد كامل مرسي ٢: ٤١١ ـ ٤٢٥.

شخص آخر، وقد بينت المادة (٧٤١) جواز الالتزام بأداء المرتب مدى الحياة، سواء كان الالتزام مصدره عقد معاوضة أو عقد تبرع.

المرتب بعوض:

فالالتزام بالمرتب مدى الحياة الذي يكون مصدره عقد معاوضة، يكون عادة في صورة عقد بيع أو قرض فإذا تعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه داره، ويدفع له الآخر خمسين جنيها شهريا مدة حياته، فإنه يكون قد باع داره بإيراد مرتب مدى الحياة، مقداره خمسون جنيهاً شهرياً، والمرتب في هذه الحالة يكون عادة أكبر من ريع العين المبيعة، لأن جزءاً منه يقابل ريع العين، والجزء الآخر يقابل استهلاك العين. وإذا تعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه ألف جنيه مثلاً، ويدفع له الآخر عشرة جنيهات شهرياً مدة حياته، فإنه يكون قد أقرضه ألف جنيه يردها في صورة إيراد مرتب مدى الحياة، مقداره عشرة جنيهات شهرياً، ويكون المرتب هنا أكبر من فائدة المبلغ المدفوع، لأن جزءاً منه يقابل الفائدة، والجزء الآخر يقابل استهلاك المبلغ.

المرتب بغير عوض:

أما الالتزام بالمرتب مدى الحياة الذي يكون مصدره تصرفاً من التصرفات التبرعية، فيكون في صورة هبة أو وصية، مثال ذلك أن يهب الابن لأبيه مرتباً مدى حياته مقداره عشرون جنيهاً شهرياً، أو يوصي المخدوم لخادمه بمرتب مدى الحياة، وفي كل حالة من هذه الحالات تسري أحكام العقد الذي كان مصدراً للالتزام بالمرتب مدى الحياة.

مدة المرتب:

بينت المادة (٧٤٢) أن المرتب يجوز أن يكون بقاؤه مرتبطاً بحياة الملتزم له أو بحياة الملتزم، أو بحياة أجنبي عن العقد، فهو مرتبط دائماً بحياة شخص، والغالب أن يكون ذلك الشخص هو الملتزم له، ولهذا يعتبر المرتب مقرراً مدى

حياته إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك، وينتهي المرتب في هذه الحالة بانتهاء حياة الملتزم له، ولكنه لا ينتهي بموت الملتزم فيظل المرتب قائماً، وعلى ورثة الملتزم أداؤه للملتزم له ما دام حيا.

وقد يكون المرتب مدى حياة الملتزم، فيظل المرتب باقياً ما بقي الملتزم، وإذا مات الملتزم له قبل الملتزم لا ينقضي المرتب، بل ينتقل إلى ورثة الملتزم له. وقد يكون الإيراد مرتباً لأقصر الحياتين، حياة الملتزم والملتزم له، فأيهما مات أولا انقضى بموته الالتزام.

وقد يكون المرتب مدى حياة شخص ثالث غير الملتزم والملتزم له، مثال ذلك: أن يكون هناك شخص فقير له قريب غني يحتمل أن يرثه الفقير، فيقرر شخص للفقير مرتباً مدى حياة قريبه الغني، وفي هذه الحالة يستمر المرتب إلى موت الشخص الثالث، وإذا مات الملتزم له قبله لا ينقضي المرتب، وإنما يذهب إلى ورثة الملتزم له، وكذلك إذا مات الملتزم قبل الشخص الثالث لا ينتهي المرتب، وإنما يلتزم به ورثة الملتزم، وقد يموت كل من الملتزم والملتزم له فيبقى المرتب يتقاضاه ورثة الملتزم له من ورثة الملتزم إلى أن يموت الشخص الثالث.

وتعليق بقاء المرتب على حياة شخص ثالث أمر نادر؛ لأن هذا يقتضي أن تكون لحياة الأجنبي دخل في بقاء المرتب وزواله، وهذا لا يتحقق إلا في حالات قليلة كالمثال الذي ذكرناه.

أين يوجد الغرر في عقد المرتب مدى الحياة؟

قلنا إن المرتب مدى الحياة يكون مرتبطاً دائماً بحياة شخص ما، يبقى ما بقي الشخص حيا وينتهي بموته، والموت وإن كان آتيا لا ريب فيه، إلا أن وقت مجيئه مجهول لا يمكن تحديده قبل وقوعه، وحيث إن أقساط المرتب مدى الحياة تستمر إلى وقت الموت فإنها تكون مجهولة لا يعرف مقدارها إلا بعد الموت، ومن هنا

كان هذا العقد عقداً احتمالياً، وهذا الاحتمال أو الغرر عنصر جوهري في المرتب مدى الحياة، إذا انعدم بطل العقد[1]، أو كان عقداً آخر، ولهذا «يقع باطلا كل مرتب قرر مدى حياة شخص وجد ميتاً وقت تقرير المرتب» لأن المرتب مدى الحياة ينقضي بحياة الشخص المقرر المرتب مدى حياته، وهذا يستلزم أن يكون حيا وقت تقريره فإذا تبين أنه كان ميتاً فإن الالتزام لا يوجد.

وكذلك إذا قرر المرتب لمدة معينة كعشر سنوات مثلا يكون قد فقد عنصر الاحتمال فلا يكون مرتباً مدى الحياة، وإنما يكون عقداً آخر، فإذا باع شخص لآخر منزلا بثمن هو مرتب لمدة عشر سنوات كان هذا بيعاً عادياً، وكذلك إذا وهب شخص لآخر، أو أوصى له بمرتب لمدة عشر سنوات، كان هذا التصرف هبة عادية أو وصية عادية، لا مرتباً مدى الحياة؛ لأن عنصر الاحتمال غير موجود.

• • •

(١) يبطل العقد، لانعدام السبب على الرأي الغالب، ولانعدام المحل على رأي الدكتور السنهوري، فهو يرى أن الاحتمال في المرتب مدى الحياة هو محل التزام الملتزم بالمرتب، وليس السبب كما يرى أغلب الشراح. انظر الوسيط للدكتور السنهوري ٧:١٠٦٢ ــ ١٠٦٣، ومجموعة الأعمال التحضيرية ٥:٣٠٩.

الفصل الثاني

المرتب مدى الحياة في الفقه الإسلامي

ليس في الفقه الإسلامي عقد بهذا الاسم، ولكن من اليسير معرفة حكمه من القواعد العامة ومن الأحكام الجزئية التي تشبهه.

عرفنا أن المرتب مدى الحياة عقد من عقود الغرر، وأنه قد يكون من عقود المعاوضات، وقد يكون من عقود التبرعات، وبناء على هذا نستطيع أن نطبق عليه نظرية الغرر فنحكم بجوازه في الحالة التي يكون مصدره عقد تبرع ــ أيا كان ذلك العقد ــ وذلك عملا بما اخترناه من أن الغرر لا أثر له في عقود التبرعات[1].

على أننا نجد في الفقه الإسلامي عقداً من عقود التبرعات شبيهاً بعقد المرتب مدى الحياة، الذي يكون في صورة هبة، من حيث ارتباط مدة التبرع بحياة إنسان، هو العمرى.

فالعمرى مأخوذة من العمر، وصورتها أن يقول شخص لآخر: أعمرتك داري هذه، أو داري لك مدة حياتك، أو مدة حياتي، أو مدة حياة زيد، أو داري لك فإذا مت رجعت إلي أو إلى ورثتي، أو داري لك ولعقبك، ونحو ذلك.

(١) راجع ص ٥٨٥.

وقد وردت في العمرى عدة أحاديث[1]، اختلف الفقهاء في تأويلها، وتبع ذلك اختلافهم في حكم العمرى، والجمهور على جوازها، ولكنهم مختلفون في تكييفها، فهي عند بعضهم تمليك للرقبة تأخذ حكم الهبة، ولو كانت مقيدة بالعمر، فلو قال شخص لآخر: أعمرتك داري هذه أو هذه الدار لك مدة حياتك فإن هذا يكون بمثابة ما لو قال له: وهبت لك هذه الدار، وعلى هذا فإن المعمر يملك الدار ملكاً تاماً إذا توافرت شروط الهبة، فتكون له الدار ملكاً مدة حياته، وتورث عنه كسائر أمواله، ومعنى هذا أن التأقيت يبطل ويصح العقد[2].

وقال فريق آخر من الفقهاء: العمرى تفيد تمليك المنافع لا الرقبة، فإذا قال شخص لآخر: أعمرتك داري، فإن المعمر ــ بالفتح ــ يملك الانتفاع بالدار ما دام موجوداً، فإذا مات رجعت الدار إلى المعمر ــ بالكسر ــ أو إلى ورثته.

وممن ذهب إلى هذا الرأي في العمرى مالك والليث[3].

ويؤيد هذا الرأي قول جابر: إنما العمرى التي أجازها رسول الله ﷺ أن يقول: هي لك ولعقبك، فأما إذا قال: هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها[4].

فالعمرى عند المالكية هي تمليك منفعة شيء مملوك مدة حياة المعطي بغير عوض.

والأصل فيها عندهم أن تقيد بحياة المعطى ــ بالفتح ــ فإذا قيدت بحياة المعطي ــ بالكسر ــ أو بحياة أجنبي جازت، ولكنها لا تسمى عمرى حقيقة[5].

---

(١) انظرها في منتقى الأخبار مع نيل الأوطار ٦: ١١٨ ــ ١١٩.

(٢) المغنى ٥: ٦٢٤ ــ ٦٢٧، وابن عابدين ٤: ٧١٦، والبحر الزخار ٤: ١٤٣ ــ ١٤٤.

(٣) بداية المجتهد ٢: ٣٣١، والمنتقى على الموطأ ٦: ١١٩، والمغنى ٥: ٦٢٥.

(٤) رواه أحمد ومسلم وأبو داود، منتقى الأخبار ٦: ١١٨.

(٥) الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ١٠٨، وانظر الكلام عن الرقبى في المراجع السابقة.

ويرى من هذا أن العمرى عند المالكية ومن وافقهم تتفق مع المرتب مدى الحياة في التقييد بحياة شخص، ولكنها تختلف عنه في أنها لا تكون إلا في تمليك المنافع.

أما المرتب مدى الحياة الذي يكون في صورة وصية فهو معروف في كتب الفقه، وقد اتفق جمهور الفقهار على جوازه، مع اختلاف بينهم فيما يترتب عليه من أحكام[1]، وقد فصل قانون الوصية المصري أحكام الوصية بالمرتبات في المواد (٦٤ ــ ٧٠) مستمداً تلك الأحكام مما رجح عنده من آراء الفقهاء، فمن الأحكام التي نص عليها القانون، ولها مساس بموضوعنا أن الوصية إذا كانت لمعين بمرتب من رأس المال أو الغلة. . . مدة حياة الموصى له، يقدر الأطباء حياته ويوقف من مال الموصي ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة. . . فإذا مات الموصى له قبل المدة التي قدرها الأطباء كان الباقي من الوصية لمن يستحقه من الورثة، أو من أوصي له بعده، وإذا نفد المال الموقوف لتنفيذ الوصية أو عاش الموصى له أكثر من المدة التي قدرها الأطباء فليس له الرجوع على الورثة[2].

فالقانون أخذ برأي الجمهور في جواز الوصية بمرتب مدى حياة الموصى له

---

(١) الفتاوي الهندية ٦: ١٢٩، والمنتقى شرح الموطأ ٦: ١٦٦ ــ ١٦٧، والتحفة وأسنى المطالب على روض الطالب ٣: ٥٩.
ومنع الظاهرية الوصية بالمرتب مدى حياة الموصي له، لأن جهالة مدى الحياة تؤدي إلى جهالة الموصي به، والوصية بالمجهول باطلة عندهم، راجع ص٥٤٣.
وانظر الكلام عن الوصية بالمرتبات في الوصايا في الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد سلام مدكور ص ٤١٦ ــ ٤٢٨، وانظر أيضاً أحكام الوصية للأستاذ علي الخفيف ص ٤٨٩ وما بعدها.

(٢) انظر المادة (٦٦).

ووكل تقدير مدة حياة الموصى له إلى أهل الخبرة من الأطباء عملا بمذهب مالك[1]، واعتبر هذا التقدير حداً أقصى لا يستحق الموصى له أكثر منه، ولو عاش مدة أطول مما قدره الأطباء، أخذاً برأي ابن القاسم من المالكية[2].

وأرى أن القانون لو أخذ برأي أشهب القائل بأن الموصى له يستحق المرتب ما دام حيا، ولو زاد عمره على ما قدره أهل الخبرة، طالما كان الثلث يسعه لكان أولى؛ لأن حياة الموصى له بعد المدة المقدرة قد أظهرت خطأ التقدير فلا يصح الاعتماد عليه؛ ولأن في وقف المرتب قبل موت الموصى له مخالفة لرغبة الموصي.

وأما المرتب مدى الحياة الذي مصدره عقد معاوضة، أيا كان ذلك العقد فغير جائز، تطبيقاً لقاعدة تأثير الغرر في عقود المعاوضات المالية، ففي عقد المرتب مدى الحياة بعوض غرر كثير من غير حاجة، وهذا هو الغرر المتفق على إفساده للعقد كما رأيناه.

هذا ولا تخلو كتب الفقه من الجزئيات التي تشبه المرتب مدى الحياة بعوض، وقد أفتى الفقهاء بعدم جوازها، منها هذه المسألة التي ذكرها الباجي قال:

مسألة: ومن دفع إلى رجل داره على أن ينفق عليه حياته، روى ابن المواز عن أشهب: لا أحب ذلك، ولا أفسخه إن وقع، وقال أصبغ: هو حرام؛ لأن حياته مجهولة ويفسخ، وقال ابن القاسم عن مالك: لا يجوز إذا قال علي أن ينفق عليه حياته[3]، فهذا العقد غير جائز عند هؤلاء الأئمة الثلاثة، غير أن أشهب لا يفسخه إن وقع مع منعه ابتداء، وواضح أن العلة في عدم الجواز هي الغرر الناشىء من

(١) المدونة ١٥: ٤٧ ــ ٤٨.

(٢) المنتقى على الموطأ ٦: ٦٦.

(٣) المنتقى على الموطأ ٥: ٤١.

جهالة مدة الحياة، وقد صرح بذلك الشيخ الدردير في شرحه لمتن خليل فقد جاء في الشرح الكبير (وكبيعه) يشمل الإجارة؛ لأن المراد بيع الذات أو المنفعة، أي بيع البائع سلعة داراً أو غيرها(بالنفقة عليه) أي على البائع (حياته) فإنه فاسد للغرر؛ لعدم علم مدة الحياة»[1].

يتبين من هذا أن المرتب مدى الحياة الذي مصدره بيع أو إجارة لا يجوز أما المرتب مدى الحياة الذي مصدره قرض فعدم جوازه أبين؛ لأن الفساد يدخله من ناحيتين: الغرر، والربا، فإن من يدفع لآخر ألف جنيه مثلا على أن يستردها في صورة مرتب شهري مقداره عشرون جنيهاً مثلا يكون داخلا على أنه سيأخذ أكثر مما أعطى، وهذا ربا، ثم قد يتحقق ما أمله فيعيش إلى أن يسترد مبلغه وزيادة، وقد لا يتحقق أمله فلا يعيش إلا أشهراً قليلة فيضيع عليه ما دفعه، وهذا غرر، وأكل للمال بالباطل.

لا حاجة إلى المرتب مدى الحياة بعوض:

ليست هناك حاجة تدعو إلى عقد المرتب مدى الحياة بعوض، فإن من يملك داراً مثلاً، أو مبلغاً من النقود، في مقدوره أن يستغله بالطرق المشروعة فيؤجر الدار، ويتاجر بالنقود بنفسه، أو يعطيها لمن يعمل فيها مضاربة فيضمن لنفسه دخلاً دائماً مع الاحتفاظ بماله، وإن الذي يعمد إلى عقد المرتب مدى الحياة بعوض تدفعه إليه غالباً الرغبة في الاستمتاع بكل ما يملك، ما دام حيا، وحرمان ورثته ــ إن كان له ورثة ــ من أن ينالوا شيئاً من ماله، يقول الدكتور السنهوري في حديثه عن الأغراض العملية التي يفي بها المرتب مدى الحياة: «ويلجأ إلى ذلك عادة شخص في أواخر حياته، يملك رأس مال أو عقاراً أو منقولاً، وليس له إلا ورثة من ذوي القرابة البعيدة، أو له ورثة أقربون ولكن لا يلقي بالا إليهم؛ فيحول رأس

(١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣: ٥٠.

المال أو العين، عن طريق المرتب مدى الحياة، إلى أقساط دورية يتقاضاها ما بقي حيا، فيستمتع بماله كله دون أن يبقى شيئاً لأحد بعد موته»[1]، وهذا غرض مذموم وغاية غير شريفة يمقتها الإسلام، ولو جاءت عن طريق عقد لا غرر فيه، فلا يمكن إذاً أن تقوم عليها حاجة تؤثر في الغرر.

ومما تحسن الإشارة إليه هنا أن المرتب مدى الحياة بغير عوض الذي قلنا بجوازه يكون الغرض منه نبيلاً غالباً، والدافع إليه شريفاً، فإن من يهب أو يوصي لإنسان بمرتب مدى حياته يكون غرضه من ذلك أن يكفل لذلك الشخص عيشه ما دام حيا، فالشخص الذي يجعل لوالده أو قريبه أو أجنبي محتاج مرتباً مدى حياته، إنما يؤدي واجباً أو أمراً مرغوباً فيه.

• • •

(١) الوسيط ٧: ١٠٤٥.

الباب الثالث

عـقـد التـأمـيـن

الفصل الأول

عقد التأمين في القانون[1]

التعريف بعقد التأمين:

عرف القانون المصري التأمين بأنه «عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط، أو أية دفعة أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن»[2]

ما يستفاد من هذا التعريف:

١ ـ إن التأمين عقد من عقود المعاوضات المالية بين عاقدين، أحدهما

(١) المراجع: مجموعة الأعمال التحضيرية ٥: ٣٢١ وما بعدها، والتأمين للدكتور البدراوي، والتأمين للدكتور محمد كامل مرسي في الجزء الثالث من شرح القانون المدني، والتأمين للدكتور السنهوري في الوسيط الجزء السابع المجلد الثاني.

(٢) المادة (٧٤٧).

يسمى المؤمن، وهو شركة التأمين، والآخر المؤمن له، ويسمى المستأمن، وهو الشخص الذي يتعامل مع الشركة. فالمؤمن له يدفع مبلغاً من المال للمؤمن الذي يلتزم بدفع عوض مالي للمؤمن له في حالة تحقق الخطر، فكل من طرفي عقد التأمين يحصل على مقابل لما يؤديه، فالمبلغ الذي يدفعه المؤمن للمؤمن له ليس تبرعاً منه؛ لأن المؤمن له ملزم بدفع قسط التأمين، وكون المؤمن له قد لا يأخذ شيئاً في بعض الأحيان لا يخرج التأمين من عقود المعاوضات؛ لأن التأمين من العقود الاحتمالية كما سنرى، ومن طبيعة العقد الاحتمالي ألا يحصل فيه أحد المتعاقدين على العوض أحياناً.

٢ ــ إن عقد التأمين من عقود الغرر، لأنه عقد مستور العاقبة، فإن كلاً من العاقدين لا يستطيع أن يعرف وقت العقد مقدار ما يعطي أو يأخذ، فالمؤمن له لا يستطيع ذلك؛ لأنه قد يدفع قسطاً واحداً من الأقساط ثم يقع الحادث فيستحق ما التزم المؤمن به، وقد لا يقع الحادث مطلقاً فيدفع جميع الأقساط ولا يأخذ شيئاً مادياً، وكذلك المؤمن لا يستطيع أن يحدد ما يعطي وقت العقد بالنسبة لكل عقد بمفرده، وإن كان يستطيع ذلك إلى حد كبير بالنسبة لمجموع المستأمنين عن طريق الاستعانة بقواعد الإحصاء.

ومرد الغرر في التأمين إلى أن دفع أحد العوضين معلق على أمر مجهول حدوثه، أو مجهول وقت حدوثه.

أنواع التأمين:

ينقسم التأمين من حيث شكله إلى قسمين:

١ ــ التأمين التعاوني، أو التبادلي، أو التأمين بالاكتتاب:

في هذا النوع من التأمين يجتمع عدة أشخاص معرضين لأخطار متشابهة، ويدفع كل منهم اشتراكاً معيناً، وتخصص هذه الاشتراكات لأداء التعويض

المستحق لمن يصيبه الضرر، وإذا زادت الاشتراكات على ما صرف من تعويض كان للأعضاء حق استردادها، وإذا نقصت طولب الأعضاء باشتراك إضافي لتغطية العجز، أو أنقصت التعويضات المستحقة بنسبة العجز، وأعضاء شركة التأمين التعاوني لا يسعون إلى تحقيق ربح، ولكنهم يسعون إلى تخفيف الخسائر التي تلحق بعض الأعضاء، فهم يتعاقدون ليتعاونوا على تحمل مصيبة قد تحل ببعضهم، وتدار الشركة بواسطة أعضائها، فكل واحد منهم يكون مؤمناً. ومؤمناً له.

٢ ــ التأمين بقسط ثابت:

في هذا النوع من التأمين، وهو النوع السائد الآن الذي تنصرف إليه كلمة التأمين عند إطلاقها، يلتزم المؤمن له بدفع قسط محدد إلى المؤمن، وهو الشركة التي يتكون أفرادها من مساهمين آخرين غير المؤمن لهم، وهؤلاء المساهمون هم الذين يستفيدون بأرباح الشركة.

ففي التأمين بقسط ثابت يكون المؤمن له غير المؤمن الذي يسعى دائماً إلى الربح، بخلاف التأمين التعاوني فإن الشركة لا تسعى إلى الربح، وإنما غاية أفرادها التعاون على تحمل المخاطر، فالغرض الاجتماعي الإنساني الذي تسعى إليه شركات التأمين التعاوني لا يوجد في حالة شركات التأمين بقسط ثابت، وإن كان بعض رجال القانون يرى أن التعاون بين المؤمن لهم هو الفكرة الأساسية في التأمين بنوعيه، غير أنه في التأمين التعاوني أظهر منه في التأمين بقسط ثابت، ويؤيدون رأيهم هذا بأن المؤمن في التأمين بقسط ثابت لا يعول في دفع مبالغ التأمين على رأس ماله، ولكنه يعتمد في ذلك على الأقساط التي يجمعها من المؤمن لهم، فالمؤمن لهم هم في الواقع المؤمنون لأنفسهم، وتتلخص وظيفة المؤمن في تنظيم هذا التعاون، وتوزيع المخاطر على المؤمن لهم، فمركز المؤمن هو مركز الوسيط بين المؤمن لهم، وهو مدير التعاون ومنظمه. وينقسم التأمين من حيث موضوعه إلى قسمين رئيسين.

١ ـ تأمين الأضرار:

وهو يتناول المخاطر التي تؤثر في ذمة المؤمن له، والغرض منه تعويض الخسارة التي تلحق المؤمن له بسبب الحادث، وهو ينقسم إلى قسمين:

(أ) التأمين على الأشياء: ويراد به تعويض المؤمن له عن الخسارة التي تلحقه في ماله، وصوره كثيرة منها التأمين من الحريق، والسرقة، وموت الحيوانات. . . . الخ.

(ب) التأمين من المسؤولية: ويراد به ضمان المؤمن له ضد الرجوع الذي قد يتعرض له من جانب الغير بسبب ما أصابهم من ضرر يسأل عن التعويض عنه، وأهم صوره، تأمين المسؤولية الناشئة من حوادث السيارات، أو من حوادث العمل.

وفي تأمين الأضرار يلتزم المؤمن بتعويض المؤمن له عند حدوث الكارثة في حدود مبلغ التأمين، أي أن المؤمن يدفع للمؤمن له أقل المبلغين، المبلغ المؤمن به، والمبلغ الذي يغطي الضرر الناشيء عن الحادثة، وليس للمؤمن له أن يجمع بين مبلغ التأمين ودعوى التعويض ضد الغير المسؤول عن الحادث، وإنما يحل المؤمن محل المؤمن له في الدعاوي التي تكون له ضد من تسبب في الضرر.

٢ ـ تأمين الأشخاص:

وهو يتناول كل أنواع التأمين المتعلقة بشخص المؤمن له، ويقصد به دفع مبلغ معين إذا وقع خطر معين للإنسان في وجوده أو سلامته، هذا المبلغ يحدده المؤمن له مع المؤمن، ولا يتأثر بالضرر الذي يصيب المؤمن له، وللمؤمن له أن يجمع بين مبلغ التأمين من المؤمن، والتعويض ممن تسبب في الضرر، فالمؤمن هنا لا يحل محل المؤمن له، كما في تأمين الأضرار.

ويشمل تأمين الأشخاص نوعين أساسيين:

١ ـ التأمين على الحياة:

وله صور متعددة أهمها:

(أ) **التأمين لحالة الوفاة:** وهوعقد يتعهد بمقتضاه المؤمن في مقابل أقساط دورية أو قسط واحد بأن يدفع مبلغاً معيناً عند وفاة المؤمن عليه، وقد يلتزم المؤمن بدفع المبلغ في أي وقت يموت فيه المؤمن على حياته، ويسمى بالتأمين العمري، ويدفع المبلغ إما للمستفيد المعين أو للورثة.

وقد يلتزم المؤمن بدفع المبلغ إذا مات المؤمن على حياته في خلال مدة محددة، ويسمى هذا بالتأمين المؤقت، فإذا حصلت الوفاة في أثناء المدة وجب على المؤمن دفع مبلغ التأمين، وإذا عاش المؤمن على حياته إلى أن انقضت المدة برئت ذمة المؤمن، مع احتفاظه بالأقساط.

وقد يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين إلى مستفيد معين بشرط أن يكون حياً بعد وفاة المؤمن على حياته، ويسمى تأمين البقيا، فإذا مات المستفيد قبل موت المؤمن على حياته برئت ذمة المؤمن مع احتفاظه بالأقساط المدفوعة.

(ب) **التأمين لحال البقاء أو لحال الحياة:** في هذا النوع من التأمين يلتزم المؤمن بدفع مبلغ من المال للمؤمن له إذا ظل حياً في تاريخ معين، وإذا مات قبل التاريخ المحدد لا يدفع المؤمن شيئاً مع إحتفاظه بالأقساط.

وفي هذه الحالة وأمثالها يجوز للمؤمن له؛ لئلا تضيع عليه الأقساط أن يعقد تأميناً آخر يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يرد لشخص معين الأقساط المدفوعة في التأمين الأصلي إذا توفي المؤمن له قبل الأجل الذي يستحق فيه مبلغ التأمين، ويسمى هذا بالتأمين المضاد.

(جـ) **التأمين المختلط البسيط:** هذا النوع هو أكثر أنواع التأمين على الحياة شيوعاً، ويلتزم فيه المؤمن بأداء المبلغ المؤمن به، إما في تاريخ معين للمؤمن له

نفسه إذا ظل حياً في هذا التاريخ، وإما إلى المستفيد المعين أو إلى ورثة المؤمن له إذا مات قبل التاريخ.

ويكون القسط في هذا النوع أكبر منه في النوعين السابقين.

٢ ــ التأمين من الحوادث الجسمانية:

هذا هو النوع الثاني من نوعي التأمين على الأشخاص، ويلتزم فيه المؤمن بدفع مبلغ معين إلى المؤمن له في حالة ما إذا أصابه في أثناء المدة المؤمن فيها حادث جسماني، أو إلى المستفيد المعين إذا مات المؤمن له.

والتأمين قد يكون تأميناً خاصاً. وهو ما يعقده المؤمن له ليؤمن على نفسه من خطر معين، ويكون الدافع إليه هو الصالح الشخصي، وقد يكون تأميناً اجتماعياً، وهو ما كان الغرض منه تأمين الأفراد الذين يعتمدون في معاشهم على كسب عملهم، من بعض الأخطار التي يتعرضون لها فتعجزهم عن العمل، كالمرض والشيخوخة والبطالة والعجز، وهو يقوم على فكرة التضامن الاجتماعي ويكون إجبارياً غالباً، ويشترك في دفع القسط مع المستفيد أصحاب العمل والدولة، والدولة هي التي تتحمل العبء الأكبر.

نشـأة التـأمين:

التأمين، بالمعنى الذي ذكرناه سابقاً، عقد حديث النشأة، فقد كان أول ظهوره في القرن الرابع عشر في إيطاليا، حيث وجد بعض الأشخاص الذين يتعهدون بتحمل الأخطار البحرية التي تتعرض لها السفن أو حمولتها نظير مبلغ معين، فكان هذا بداية التأمين البحري، ثم ظهر بعده التأمين على الحياة، ثم انتشر بعد ذلك التأمين وتنوع حتى شمل جميع نواحي الحياة، فأصبحت شركات التأمين تؤمن الأفراد من كل خطر يتعرضون له في أشخاصهم وأموالهم ومسؤولياتهم، بل أصبحت الحكومات تجبر رعاياها على بعض أنواع التأمين.

• • •

الفصل الثاني

حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية

التأمين التعاوني جائز:

رأينا في الفصل السابق أن التأمين نوعان: تأمين تعاوني وتأمين بقسط ثابت، فالتأمين التعاوني جائز شرعا بل هو أمر مرغوب فيه؛ لأنه من قبيل التعاون على البر، فإن كل مشترك في الجمعية يدفع جزءاً من ماله عن رضا وطيب نفس ليتكون منه رأس مال للجمعية، يعان منه من يحتاج إلى المعونة من أعضاء الجمعية، فكل مشترك هو في الواقع متبرع باشتراكه لمن يحتاج إليه من سائر الشركاء حسب الطريقة التي يتفقون عليها.

فالتأمين التعاوني وإن كان فيه غرر كالتأمين بقسط ثابت إلا أن هذا الغرر لا يؤثر فيه؛ لأنه يدخل في عقود التبرعات؛ لأن معنى التبرع فيه أوضح من معنى المعاوضة، فإن المشتركين في هذا العقد لا يسعون إلى الربح، وإنما مقصودهم التعاون على تحمل نوائب الدهر، فهو في نظري عقد تبرع من نوع خاص لا نظير له في عقود التبرعات المعروفة في الفقة الإسلامي، كما أن التأمين بقسط ثابت عقد معاوضة مستحدث له مقوماته الخاصة أيضاً.

التأمين بقسط ثابت:

عقد التأمين من العقود المستحدثة التي لم تكن معروفة قبل القرن الرابع عشر

الميلادي، كما قلنا؛ ولهذا فلن نجد في حكمه نصاً خاصاً أو رأياً خاصاً للمتقدمين من الفقهاء، كما أني لا أعتقد أن هناك عقداً من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي يمكن قياس عقد التأمين عليه لا من العقود الصحيحة، ولا من العقود غير الصحيحة، وقد حاول بعض فقهاء هذا العصر قياسه على بعض العقود فلم يوفق إلى ذلك في نظري[١].

وإذا كان الأمر كذلك فليس أمام الباحث في هذا الموضوع إلا الرجوع إلى قواعد الشريعة العامة وتطبيقها على هذا العقد المستحدث.

والقاعدة التي تحكم هذا الموضوع هي ما قررناه في التمهيد من أن الأصل في العقود الجواز إلا ما ورد نص بمنعه[٢].

وتطبيق هذه القاعدة يحتم علينا أن نبحث أولاً فيما إذا كان هناك دليل يمنع صحة عقد التأمين.

النهي عن أكل المال بالباطل لا يصلح دليلاً على منع التأمين:

قد يقال إن عقد التأمين فيه أكل لمال الغير بالباطل، فيتناوله النهي الوارد في قوله تعالى: **﴿يـٰأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾**، وأقول: إن هذه الآية وحدها لا تكفي للاستدلال على منع عقد التأمين؛ لأن المخالف ينازع في أنه من أكل المال بالباطل فعلى من يدعي ذلك أن يثبته بدليل آخر[٣].

---

(١) انظر بحثنا في حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية المنشور في كتاب أسبوع الفقه الإسلامي، والبحوث الأخرى في هذا الموضوع من ص ٣٧١ ــ ٥٥٠.
عقد المجلس الأعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية أسبوعاً للفقه الإسلامي في دمشق من ١٦ ــ ٢١ شوال سنة ١٣٨٠هـ الموافق ١ ــ ٦ أبريل ١٩٦١م، بحث فيه أربعة موضوعات من بينها عقد التأمين.

(٢) راجع ص٢٣-٢٩.

(٣) راجع ص٢٣-٢٦.

التأمين ليس قماراً:

يرى بعض من تعرض لحكم التأمين أنه ممنوع؛ لأنه قمار، من هؤلاء الشيخ محمد بخيت المطيعي، فقد جاء في رسالته السوكرتاه: «عقد التأمين عقد فاسد شرعاً، وذلك لأنه معلق على خطر، تارة يقع، وتارة لا يقع فهو قمار معنى»[١].

ومنهم الشيخ أحمد إبراهيم، فقد كتب عن التأمين على الحياة ما يأتي: «أما إذا مات المؤمن له قبل إيفاء جميع الأقساط، وقد يموت بعد دفع قسط واحد فقط، وقد يكون الباقي مبلغاً عظيماً جداً، لأن مبلغ التأمين على الحياة موكول تقديره إلى طرفي العقد، على ما هو معلوم، فإذا أدت الشركة المبلغ المتفق عليه كاملاً لورثته أو لمن جعل له المؤمن ولاية قبض ما التزمت به الشركة بعد موته، ففي مقابل أي شيء دفعت الشركة هذا المبلغ؟ أليس هذا مخاطرة، ومقامرة؟ وإذا لم يكن هذا من صميم المقامرة، ففي أي شيء تكون المقامرة؟ على أن المقامرة حاصلة أيضاً من ناحية أخرى، فإن المؤمن له بعد أن يوفي جميع ما التزمه من الأقساط يكون له كذا، وإن مات قبل أن يوفيها كلها يكون لورثته كذا، أليس هذا قماراً ومخاطرة؟ حيث لا علم له ولا للشركة بما سيكون من الأمرين على التعيين»[٢].

وأرى أن حقيقة التأمين تختلف عن حقيقة القمار شرعاً وقانوناً، وإن كان في كل منهما غرر، فالقمار ــ كما يتضح مما ذكرناه في مواضع سابقة[٣] ــ ضرب من اللهو واللعب يقصد به الحصول على المال عن طريق الحظ والمصادفة، وهو يؤدي دائماً إلى خسارة أحد الطرفين وربح الطرف الآخر، ولهذا وصفه القرآن بأنه موقع في العداوة والبغضاء وصاد عن ذكر الله وعن الصلاة.

---

(١) رسالة السوكرتاه ص ٢٤.

(٢) مجلة الشبان المسلمين، السنة الثالثة عشرة، عدد (٣) في ٧ من نوفمبر سنة ١٩٤١م.

(٣) راجع ص٦٠

والقانون ــ كما رأينا ــ يحرم المقامرة في حين أنه يجيز عقد التأمين ولا يعتبره من القمار، ويفرق شراح القانون بين التأمين والقمار بأن التأمين يقوم على التعاون بين المستأمنين، ذلك التعاون الذي يؤدي إلى توزيع المخاطر بين أكبر عدد ممكن من الأفراد بدلاً من أن يتحمل كل فرد عبء ما يصيبه من كارثة وحده، ويؤدي أيضاً إلى كفالة الأمان للمستأمن والمؤمن معا، فالمستأمن واثق من الحصول على ما التزم المؤمن بأدائه، والمؤمن مطمئن أيضاً إلى أنه سيفي بما التزم به، لأن التعويض سيدفع من الرصيد المشترك الذي تعاون المستأمنون على جمعه، لا من مال المؤمن الخاص.

وهذا الأمان هو الغاية التي يسعى إليها كل مستأمن، فالشخص الذي يؤمن على حياته، أو يؤمن على ماله ضد الحريق مثلا إنما يفعل ذلك بغرض التحصن من خطر محتمل لا يقوى على تحمله وحده.

وهذه المعاني غير موجودة في المقامرة فإن المقامر لا يتحصن من خطر وإنما يوقع نفسه في الخطر، وهو عرضة لأن يفقد ماله جرياً وراء ربح موهوم موكول لمجرد الحظ.

وعلى هذا فلست أرى ما يبرر قياس التأمين على القمار، فالتأمين جد، والقمار لعب، والتأمين يعتمد على أسس علمية، والقمار يعتمد على الحظ، وفي التأمين ابتعاد عن المخاطر وكفالة للأمان واحتياط للمستقبل بالنسبة للمستأمن، كما فيه ربح محقق عادة بالنسبة للمؤمن، وفي القمار خلق للمخاطر، وابتعاد عن الأمان وتعرض لمتاعب المستقبل فكيف يستويان؟

هل في عقد التأمين غرر؟

رأينا فيما مضى[1] أن التأمين عقد من العقوذ الاحتمالية أو عقود الغرر،

(١) انظ ص٦٣٨.

وهذه حقيقة واضحة كنا في غنى عن التعرض لها بأكثر مما سبق، لولا أن بعض الباحثين الذين يرون جواز عقد التأمين حاول أن ينفي صفة الغرر عنه.

فالأستاذ مصطفى أحمد الزرقا يرى أن عقد التأمين لا غرر فيه، وينتقد القانونيين في عده من العقود الاحتمالية دون تحفظ، «فالتأمين ــ كما يقول الأستاذ الزرقا ــ فيه عنصر احتمالي بالنسبة إلى المؤمن فقط حيث يؤدي التعويض إلى المستأمن إن وقع الخطر المؤمن عنه، فإن لم يقع لا يؤدي شيئاً على أن هذا الاحتمال أيضاً إنما هو بالنسبة إلى كل عقد تأمين على حدة، لا بالنسبة إلى مجموع العقود التي يجريها المؤمن، ولا بالنسبة إلى نظام التأمين في ذاته؛ لأن النظام، وكذا مجموع العقود يرتكزان على أساس إحصائي ينفي عنصر الاحتمال، حتى بالنسبة للمؤمن عادة، أما بالنسبة إلى المستأمن فإن الاحتمال فيه معدوم؛ ذلك لأن المعاوضة الحقيقية في التأمين بأقساط إنما هي بين القسط الذي يدفعه المستأمن والأمان الذي يحصل عليه، وهذا الأمان حاصل للمستأمن بمجرد العقد دون توقف على الخطر المؤمن منه بعد ذلك؛ لأنه بهذا الأمان الذي حصل عليه واطمأن إليه لم يبق بالنسبة إليه فرق بين وقوع الخطر وعدمه فإنه إن لم يقع الخطر ظلت أمواله وحقوقه ومصالحه سليمة، وإن وقع الخطر عليها أحياها التعويض، فوقوع الخطر وعدمه بالنسبة إليه سيان بعد عقد التأمين، وهذا ثمرة الأمان والاطمئنان الذي منحه إياه المؤمن نتيجة للعقد في مقابل القسط وهنا المعاوضة الحقيقية»[1].

هذا نص ما كتبه الأستاذ الزرقا، وهو مقبول إلى حد ما فيما يتعلق بانتفاء عنصر الغرر بالنسبة للمؤمن، فالمؤمن ــ كما قلنا سابقاً ــ لا يستطيع أن يحدد مقدار ما يعطي أو يأخذ وقت العقد بالنسبة لكل عقد بمفرده، وإن كان يستطيع ذلك إلى حد كبير بالنسة لمجموع المستأمنين عن طريق الاستعانة بقواعد

(١) أسبوع الفقه الإسلامي ص ٤٠٣.

الإحصاء، فإذا تجاوزنا في الأمر ولم ننظر إلى علاقة المؤمن بكل مستأمن على حدة، ونظرنا إلى علاقته بمجموع المستأمنين فقط، أمكننا أن نقول بانتفاء عنصر الغرر بالنسبة للمؤمن في الظروف العادية.

ولكن انتفاء الغرر بالنسبة للمؤمن وحده لا يكفي لانتفاء الغرر عن عقد التأمين، فلا بد من أن ينتفي الغرر بالنسبة للمستأمن أيضاً، وهو ما لم يستطع الأستاذ الزرقا إثباته، فقد اعتمد في ذلك على حجة واهية هي: أن العوض المقابل للأقساط هو الأمان، أي أن محل العقد في التأمين هو الأمان، وهذه حجة لا تستند على فقه ولا على قانون، فإن الأمان كما لا يخفي هو الباعث على عقد التأمين، ومحل العقد هو ما يدفعه كل من المؤمن والمؤمن له، أو ما يدفعه أحدهما، إذ لو قلنا، إن الأمان هو المحل لكان عقد التأمين باطلاً قانوناً وفقها، فإن من الشروط المسلم بها في القانون والفقه أن محل العقد لا بد أن يكون ممكناً، فإذا كان المحل مستحيلاً فالعقد باطل، ومن البدهي أن الأمان في عقد التأمين يستحيل الالتزام به، وهذا يدفع قول الأستاذ الزرقا إنه ليس هناك دليل يثبت أن الأمان لا يجوز الحصول عليه لقاء مقابل.

ويستشهد الأستاذ الزرقا على جواز التعاقد على الأمان بعقد الاستئجار على الحراسة، فهو يرى «أن الأجير الحارس وإن كان مستأجراً على عمل يؤديه هو القيام بالحراسة نجد أن عمله المستأجر عليه ليس له أي أثر أو نتيجة سوى تحقيق الأمان للمستأجر على الشيء المحروس واطمئنانه إلى استمرار سلامته من عدوان شخص أو حيوان يخشى أن يسطو عليه... فكذا الحال في عقد التأمين يبذل فيه المستأمن جزءاً من ماله في سبيل الحصول على الأمان من نتائج الأخطار التي يخشاها»[1].

(١) المصدر السابق ص٤٠٤ .

وهذا استشهاد وتنظير مردود لأن المحل في عقد الاستئجار على الحراسة هو القيام بالحراسة، فالعقد وارد على عمل الحارس، والأمان هو الغاية المقصودة من العقد وفرق بين الغاية والمحل[1]، وهذا أمر واضح سلم به الأستاذ الزرقا نفسه صراحة، ثم عاد فنقضه، فقد قال ما نصه «إني مسلم بأن عقد الاستئجار على الحراسة وارد على عمل...» ثم قرر أن كل عمل ترد عليه إجارة الأشخاص له أثر هو الثمرة المقصودة للمستأجر وأن العقود جميعاً إنما شرعت بحسب غاياتها ونتائجها وتساءل قائلا: «فما هي غاية عقد الحراسة وما هو ذلك الأثر الذي يحصل من عمل الحارس؟» وأجاب بأن «الأثر هو أمان المستأجر واطمئنانه إلى أن هذه الحراسة ستحقق له سلامة الشيء المحروس...» والكلام إلى هنا مستقيم، ولكن الأستاذ يقول بعد ذلك: «فهذا دليل على أن الأمان في الطوارىء يجوز شرعا أن يشترى بثمن، لأن من قواعد الشريعة أن الأمور بمقاصدها وأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني»[2] وهنا يأتي التناقض، فإني لا أفهم كيف يشتري الأمان بثمن من غير أن يكون محلا للعقد؟

على أنا لو سلمنا بجواز شراء الأمان في عقد الحراسة، فإنه لا يلزم من ذلك جواز شرائه في عقد التأمين للفارق الكبير بين العقدين، ففي عقد الحراسة يقوم الحارس بعمل، هو حفظ العين وحراستها في حدود الطاقة البشرية ونتيجة لتلك الحراسة يحصل الأمان للمستأجر فهناك ارتباط وثيق بين عمل الحارس والأمان الذي يحصل للمستأجر، أما في عقد التأمين فإن المؤمن لا يقوم بأي عمل يؤدي إلى الأمان، فإن الشيء المؤمن عليه يكون في يد صاحبه وتحت حراسته لا في يد المؤمن، والمؤمن يكون ضامنا لسلامته مما يمكن الاحتراز منه ومما لا يمكن الاحتراز منه على السواء.

(١) انظر تعليق الاستاذ أبي زهرة على عقد التامين في أسبوع الفقه الإسلامي ص٥٢٠-٥٢٢.

(٢) المصدر السابق ص٥٤٧-٥٤٨.

رأي الدكتور السنهوري:

وقد تعرض الدكتور السنهوري لوجود الغرر في عقد التأمين في موضعين من كتابه «الوسيط»، فبدا في أحد الموضعين وكأنه يسلم بوجود الغرر في عقد التأمين، ولكنه يجوزه للضرورة[1].

أما في الموضع الآخر فقد نفى الغرر عن التأمين، ولكن نفيه له كان منصباً على الجانب الفني من التأمين لا على الجانب القانوني، ومع هذا فإن ما ساقه من أدلة انتهت به إلى أن عقد التأمين ليس عقد غرر بالنسبة للمؤمن؛ لأنه، كما يقول السنهوري: «إذا أحسن المؤمن تقدير الاحتمالات والتزم الأسس الفنية الصحيحة في التأمين لم يعرض نفسه لاحتمال الخسارة أو لاحتمال الكسب بأكثر مما يعرض نفسه لذلك أي شخص آخر يعمل في التجارة». وهذا متفق مع ما قررناه سابقاً.

أما بالنسبة للمؤمن له فقد قال الدكتور السنهوري ما نصه: «وليس عقد التأمين احتمالياً بالنسبة إلى المؤمن له، فالعقد الاحتمالي هو الذي يتوقف على الحظ والمصادفة، في حين أن المؤمن له إنما يقصد بعقد التأمين عكس ذلك تماماً فهو يريد أن يتوقى مغبة الحظ والمصادفة»[2].

وهذا قول غير مقبول؛ فإن عقد التأمين يتوقف على المصادفة بالنسبة للمؤمن له؛ لأن مقدار ما يأخذه المؤمن له، ومقدار ما يعطيه متوقف على وقوع الكارثة أو عدم وقوعها، وهو أمر احتمالي من غير شك متوقف على المصادفة، فالكارثة

(١) قال في الوسيط ٧: ١٠٨٩ في الرد على من يمنع التأمين، لما فيه من غرر: (هـ) وأما الغرر، فقد بينا في كتابنا «مصادر الحق في الفقه الإسلامي» أن هناك تطوراً ملحوظاً في الفقه الإسلامي في هذه المسألة وأن أكثر المذاهب تطوراً فيها هو مذهب مالك، وقد بين ابن رشد في عبارة جلية الأصل عند مالك في ذلك فقال: «والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة».

(٢) الوسيط ٧: ١١٤٠

قد تقع بعد يوم، وقد تقع بعد سنة، وليس لوقوعها أو عدمه ضابط، وهذا هو معنى توقفها على المصادفة، وفي عبارة الدكتور السنهوري نفسه دليل على وجود المصادفة، فإن قوله إن المؤمن له «يريد أن يتوقى مغبة الحظ والمصادفة» لا يستقيم إلا إذا كان هناك مكروه يتوقف على الحظ والمصادفة[1].

وكون عقد التأمين يقصد به التعاون، ولا يقصد به تحمل أثر الحظ أو الربح عن طريق الحظ، لا ينفى عنه الغرر، وإنما ينفي أن يكون قماراً أو مراهنة، وهذا هو ما انتهى إليه الدكتور السنهوري نفسه في آخر كلامه فقد ختمه بقوله: «فعقد التأمين بالنسبة إلى المؤمن له ليس إذاً عقدا يقصد به تحمل أثر الحظ، كما هو الأمر في المقامرة والرهان، بل هو على العكس من ذلك عقد يقصد به إبعاد أثر الحظ بقدر المستطاع»[2].

هل الغرر في التأمين كثير أم لا؟

انتهينا إلى أن في عقد التأمين غرراً، وإلى أن محاولة نفي الغرر عنه بالكلية لا سند لها من فقه ولا قانون، وعلينا بعد ذلك أن ننظر في مقدار الغرر الذي في التأمين على ضوء ما قررناه في الفصل الثاني من القسم الثالث[3] لنرى هل هو من الغرر الكثير المفسد للعقد، أم من الغرر المعفو عنه؟

قلنا: إن الغرر الكثير هو «ما غلب على العقد حتى صار العقد يوصف به» وأرى أن هذا الضابط ينطبق على عقد التأمين، فإن من أركان عقد التأمين التي لا يوجد بدونها «الخطر» والخطر هو حادثة محتملة لا تتوقف على إرادة أحد الطرفين، ولذا لا يجوز التأمين إلا من حادث مستقبل غير محقق الوقوع، فالغرر

(١) انظر ما كتبه الدكتور السنهوري عن «الخطر في عقد التأمين» في ص ١١٤٤ و ١٢١٧ ـ ١٢٣٧.

(٢) الوسيط ٧: ١١٤٠، وانظر ص ١٠٨٩ (د).

(٣) راجع ص ٥٨٧ وما بعدها.

عنصر ملازم لعقد التأمين، ومن الخصائص التي يتميز بها، ومما يدل على أن الغرر تمكن من عقد التأمين وأصبح صفة ملازمة له أن كثيراً من القوانين تذكره تحت عنوان «عقود الغرر»، ولكن بعض المجوزين لعقد التأمين، المعترفين بوجود الغرر فيه، يرون أن الغرر الذي فيه مغتفر لا يمنع صحته، ومن هؤلاء الأستاذ الكبير على الخفيف، فلنعرض رأيه في هذا الموضوع.

رأى الأستاذ على الخفيف:

ألقى الأستاذ على الخفيف بحثا عن عقد التأمين في المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامية، ذهب فيه إلى جوازه، وقد تعرض إلى الغرر في التأمين في أكثر من موضع في بحثه، فنفى وجوده في موضع منها[1] بما لا يخرج عما ذكرناه سابقاً في رأي الأستاذ الزرقا، والدكتور السنهوري، وأثبته في مواضع أخر بعبارات صريحة، ولكنه اعتبره من الغرر المغتفر معتمداً في ذلك على أن الغرر المانع من جواز المعاملة هو ما أدى إلى نزاع، والغرر الذي في عقد التأمين لا يؤدي إلى نزاع، بدليل أن الناس تعاملوا به وشاع بينهم وانتشر، «وما يظن أن الناس يتعارفون عقداً يحوى غرراً يؤدي إلى نزاعهم، ثم يشيع بينهم ولا يتركونه، إذا المقبول أنهم إذا تعاملوا به فتنازعوا تركوه»[2].

وكون الغرر الذي في التأمين لا يؤدي إلى نزاع أمر غير مسلم، فإن كثيراً من الحالات التي يطالب فيها المؤمن له بالتعويض لا تمر من غير نزاع واتهام للمؤمن له بأنه افتعل الحادث ليحصل على المبلغ المؤمن به[3].

(١) التأمين للأستاذ علي الخفيف ٨ و٩ بحث مطبوع على الآلة الكاتبة.

(٢) المصدر السابق ص ١٨.

(٣) من الجرائم الفظيعة التي كان التأمين سبباً فيها ما نشرته جريدة «الجمهورية» في عددها الصادر يوم الأحد ٢٤ من يناير سنة ١٩٦٠م، من أن «البوليس الأمريكي قبض على الدكتور روبرت سيرص، ٦٥ سنة، وكان الاعتقاد السائد أنه قُتل منذ شهرين في حادث طائرة. كان

وما أظن أن استمرار الناس في التعامل بعقد من العقود دليل على أن ذلك العقد لا يؤدي إلى نزاع بينهم، فقد تعارف الناس الميسر، ولم يتركوه حتى جاء الإسلام فحرمه، وتعارفوا بيع الثمار قبل بدو صلاحها، مع أنه كان سبباً للنزاع، ولم يتركوه حتى نهاهم الرسول ﷺ عنه، فشيوع التأمين وانتشاره لا يعني أن الغرر الذي فيه لا يؤدي إلى نزاع؛ لأن هناك عوامل أخرى تساعد على انتشاره وتشجعه.

هذا وقد استشهد الأستاذ الخفيف على أن الغرر الذي في التأمين غير مؤثر بأن هناك عقوداً «جوزها كثير من الفقهاء مع أن ما فيها من الغرر أكثر من الغرر الذي في عقد التأمين، كبيع ما في هذا الصندوق دون أن يعلم المشتري ما فيه، وكدخول الحمام نظير أجر معين دون أن يتحدد مقدار ما سيستعمل من الماء، وما يقضي فيه من الزمن، وكبيع السلم وهو بيع لمعدوم لا يتصور أن يسلم من الغرر، وكبيع الثمر قبل بدو صلاحه وكأجارة الأجير نظير كسوته وطعامه»[1].

فأما «بيع ما في هذا الصندوق» فإني أوافق على أن ما فيه من غرر لا يقل عن الغرر الذي في عقد التأمين؛ لأنه بيع مع جهالة جنس المبيع، ولكني لا أوافق على أنه قد جوزه كثير من الفقهاء، بل إني لا أعلم فقيهاً واحداً جوزه على أنه عقد ملزم للطرفين[2]، والذي أعرفه هو أن بعض فقهاء الحنفية والزيدية يجوزه؛ لأن الجهالة التي فيه يرفعها خيار الرؤية الثابت للمشتري، كما أعرف في مذهب المالكية قولاً

الطبيب قد حجز لنفسه مكاناً في هذه الطائرة، ولكنه أقنع في آخر لحظة صديقاً له بالسفر بدلاً منه، واختفى وسقطت الطائرة وقُتل ركابها جميعاً وعددهم ٤٢، وتبين أنه كان قد أمَّن على حياته بمبلغ ٣٧٧٠٠ دولاراً لصالح أولاده قبل سقوط الطائرة بعشرة أسابيع، اتهمه البوليس بنسف الطائرة للحصول على التأمين».

(١) المصدر السابق ص ٢٠.

(٢) استشهد الأستاذ الزرقا بهذا المثال أيضاً، وصرح بأنه عقد ملزم للطرفين، ونسب هذا القول للحنفية أسبوع الفقه الإسلامي ص ٤٠٦ وهذا قول في منتهى الغرابة.

بجوازه إذا نص في العقد على أن للمشتري خيار الرؤية[1].

وأما دخول الحمام نظير أجر فلا أعتقد أن هناك وجهاً لمقارنة جهالة مقدار الماء والزمن في هذا العقد، بجهالة مقدار المبلغ الذي يدفعه المؤمن له، أو المبلغ الذي يأخذه من المؤمن في عقد التأمين، ومثل هذا يقال عن إجارة الأجير نظير كسوته وطعامه، فالمؤمن له قد يدفع مائة ويأخذ ألفاً، وقد يدفع ألفاً ولا يأخذ شيئاً، فكيف يقال إن هذا الغرر أقل من الغرر الناشىء عن عدم تحديد الماء المستعمل في الحمام، أو الطعام الذي يأكله الأجير.

وأما بيع السلم فقد بينا أنه من بيع المعدوم الذي لا غرر فيه[2]، وأستاذنا الخفيف قد قرر هذا في دروسه وكتبه[3].

وأما بيع الثمر قبل بدو صلاحه فلعله ورد سهواً في هذا المقام؛ لأنه من البيوع الممنوعة بالنص التي لم يقل أحد بجوازها جوازاً مطلقاً.

هذا ومما يلفت النظر استشهاد أستاذنا الخفيف على جواز التأمين برأي بعض المالكية في البيع بالنفقة على البائع مدة حياته فقد قال ما نصه: «وعلى هذا يرى أن منع التأمين لما فيه من الغرر أو الجهالة لا يقوم على أساس، ويؤيد ذلك أنا قد وجدنا من فقهاء المالكية من يجيز اتفاقاً يشبه عقد التأمين تمام الشبه ويحوى كثيراً من الغرر لا يحويه عقد التأمين، فقد جاء في شرح المنتقى على موطأ مالك للباجي (٥ : ٤٢): «ومن دفع إلى رجل داره على أن ينفق عليه حياته، روى ابن المواز عن أشهب قال: لا أحب ذلك ولا أفسخه إن وقع، وقال أصبغ: هو حرام؛ لأن حياته مجهولة ويفسخ، وقال ابن القاسم عن مالك: لا يجوز إذا قال: على أن ينفق عليه حياته» فنرى من ذلك أن أشهب أجاز هذا الاتفاق مع الكراهة، وأن مالكاً

(١) راجع ص١٨٨ و١٨٩ و٤٢٧-٤٣٤.

(٢) راجع ص٤٥٨ .

(٣) انظر أحكام المعاملات الشرعية ٢٦٧ و ٢٦٨.

قيد عدم جوازه بجهالة مدة الإنفاق، وهي مدة الحياة، ومقتضى ذلك أنه إذا تم الاتفاق على أن ينفق عليه مدة معينة صح عنده مع ما في ذلك من الغرر، وعليه فلو عرض عقد التأمين على مالك لذهب إلى تجويزه بناء على ذلك»[1].

هذه المسألة التي أيد بها أستاذنا الخفيف جواز التأمين سبق أن أيدت بها عدم جوازه في بحثي عن حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية فقلت: «وقد أورد الباجي في أثناء كلامه عن بيع الغرر مسألة توافق صورة من صور التأمين على الحياة تعرف في اصطلاح علماء القانون «بالتأمين لحال البقاء براتب عمري» وهو أن يتعهد المؤمن بدفع إيراد لمدى الحياة نظير مبلغ متجمد يدفعه له المستأمن» ثم ذكرت نص المسألة وقلت بعد ذلك: «فهذه الصورة من صور التأمين غير جائزة عند هؤلاء الفقهاء؛ لما فيها من غرر، ويفسخ العقد إن وقع إلا عند أشهب فإنه لا يفسخ العقد مع منعه له ابتداء»[2].

واضح من هذا أنني أتفق مع أستاذنا الخفيف في أن هذه المسألة التي ذكرها الباجي تشبه عقد التأمين تمام الشبه، وأختلف معه في نقطتين أساسيتين الأولى قوله: إن أشهب أجاز هذا الاتفاق مع الكراهة، فإني أرى أن أشهب يمنعه، ومرد هذا الاختلاف إلى فهم عبارة أشهب «لا أحب ذلك» فالأستاذ الخفيف فسرها بالكراهة على المعنى الاصطلاحي عند الفقهاء، وفسرتها أنا بعدم الجواز، ويؤيد تفسيري لها قول أشهب: «ولا أفسخه إن وقع»؛ لأن هذه العبارة لا يكون لها محل إذا فسرنا «لا أحبه» بالكراهة التي لا تمنع الجواز، فالفسخ لا يكون إلا في العقد

(١) عقد التأمين للأستاذ الخفيف : ٢١.

(٢) أسبوع الفقه الإسلامي ص٤٦٣، وقد استشهدت بهذه المسألة على عدم جواز المرتب مدى الحياة بعوض، انظر ص٦٣٤، والواقع أن هذه المسألة تتفق اتفاقاً تاماً مع المرتب مدى الحياة بعوض، لأن الملتزم بأداء المرتب فيها شخص طبيعي، وتدخل في عقد التأمين إذا كان الملتزم شركة تأمين.

الممنوع والتعبير عن الحرمة «بلا أحبه» «وأكرهه» شائع ومألوف في كلام السلف من الفقهاء»[١].

النقطة الثانية التي اختلف فيها مع أستاذنا الجليل هي قوله: «فلو عرض عقد التأمين على مالك لذهب إلى تجويزه بناء على ذلك»، فإني أرى عكس ذلك تماماً؛ لأن الإمام مالكاً لا يجوز هذا الاتفاق إذا كانت مدة الاتفاق مجهولة، وهذه هي الصورة التي نتحدث عنها من صور عقد التأمين، فكيف يقال: إن عقد التأمين لو عرض على مالك لجوزه؟ أما إذا كانت مدة الانفاق معينة فالاتفاق صحيح عند مالك؛ لانتفاء الغرر عنه، والانفاق ممكن تحديده بحسب العادة، فليس بين هذا الاتفاق وعقد التأمين شبه.

هل هناك حاجة إلى عقد التأمين؟

انتهينا في بحثنا إلى أن في عقد التأمين غرراً، وإلى أن الغرر الذي فيه كثير جعله يوصف بأنه عقد غرر، وبقي علينا أن ننظر: هل هناك حاجة تدعو إلى التأمين فيكون الغرر الذي فيه غير مؤثر، أم ليست هناك حاجة إليه فيكون عقداً فاسداً؛ لأنه عقد معاوضة فيه غرر كثير من غير حاجة[٢]؟

الإنسان في هذه الحياة معرض إلى حوادث الزمن، تصيبه في نفسه وولده وماله، ومن مصائب الزمن ما لا يقوى الإنسان على تحملها إلا إذا استعان بغيره، والإنسان منذ وجوده على هذه الأرض شعر بالحاجة إلى التعاون مع بني جنسه؛ للتغلب على الكوارث التي تنزل به، وقد استجاب الإنسان إلى هذه الحاجة في صور وأشكال مختلفة من التعاون، اختلفت باختلاف العصور والبيئات، وقد نشأ

(١) انظر إعلام الموقعين ١: ٣٢.

(٢) بينا في بحث سابق الفرق بين الحاجة والضرورة، انظر ص١–٦، ومن ذلك البيان يتضح أن الضرورة لا يتصور وجودها في عقد التأمين لا بالنسبة للمؤمن ولا بالنسبة للمؤمن له، ولهذا قصرنا البحث هنا على الحاجة.

نظام التأمين نتيجة لهذه الحاجة إلى التعاون، وكان في بدايته تعاوناً صرفا، لا شائبة فيه لعمل تجاري يرتجى من ورائه الربح، كما بينا، ثم تحول إلى عمل تجاري تولته شركات التأمين التي تسعى إلى تحقيق الربح لأعضائها، والتي تبرم عقوداً فردية مع كل طالب تأمين، فلم يعد بين المؤمن لهم تلك الصلة الطيبة التي تجعلهم يشعرون بالتعاون مع بعضهم بعضاً، ويحافظون على أموال الشركة محافظتهم على أموالهم الخاصة، كما أن شركة التأمين لا تلقى بالا للتعاون بين المستأمنين، وجميع الطرق والوسائل العلمية التي تنظم بها الشركة عملية التأمين لا تقصد منها إلا تجنب الخسارة، وتحقيق أكبر قدر ممكن من الربح، غير ملاحظة في ذلك مصلحة المؤمن لهم، إلا بالقدر الذي تلاحظه أية شركة تجارية مع عملائها، وقد أصبح الآن أكثر الذين يتعاملون مع شركات التأمين ينظرون إليها على أنها شركات استغلالية، همها الأول هو الربح، ولعلنا لا نعدو الحقيقة إذاقلنا إن شركات التأمين هي أكثر الشركات ربحاً واستغلالاً لحاجة من يتعامل معها،

وعلى الرغم من هذا فإن شركات التأمين آخذة في النمو والزيادة، والناس على اختلاف طبقاتهم مقبلون عليها، وما ذاك إلا لحاجتهم إلى التعامل مع هذه الشركات؛ لأنها تحقق لهم الأمن والطمأنينة بضمانها لهم تعويضاً مادياً عما تأتي به نوائب الدهر، وإن كانت لا تحقق لهم شيئاً من الشعور بالتعاون على عمل من أعمال البر، وما يقوله بعض الباحثين من أن شركة التأمين ما هي إلا منظم للتعاون بين المستأمنين، فيه تجاهل للواقع المحسوس الذي يلمسه كل من يتعامل مع شركات التأمين.

هل حاجة الناس إلى التعامل مع شركات التأمين تجعل الغرر الذي في عقد التأمين غير مؤثر؟

سبق أن بينا أن مجرد وجود الحاجة إلى عقد من عقود الغرر لا يكفي لاعتبار الغرر الذي فيه غير مؤثر، وإنما يشترط أن تكون الحاجة عامة أو خاصة، وأن يكون ذلك العقد متعينا لسذ تلك الحاجة، بحيث لو أمكن سد الحاجة عن طريق

عقد لا غرر فيه، فإنه لا يصح اللجوء إلى العقد الذي فيه غرر[1].

وأرى أن الحاجة إلى التأمين حاجة عامة، فإن كل إنسان في حاجة إلى نظام يكفل له من الأمن والطمأنينة ما يستطيع البشر تحقيقه، ولا سيما في هذا العصر الذي كثرت فيه مطالب الحياة ومتاعبها، وامتلأ بالكوارث والمفاجآت، والتأمين، سواء كان تأميناً تعاونياً، أو تأميناً بقسط ثابت، يسد هذه الحاجة، وقد رأينا أن التأمين التعاوني لا شبهة في جوازه، وأنه يتفق مع دعوة الإسلام إلى التعاون وتفريج كرب المكروبين؛ ولذا فإني أرى أن الحاجة إلى التأمين بقسط ثابت في صورته الحاضرة وإن كانت عامة، إلا أنها غير متعينة، وعلى هذا فإن قواعد الفقه الإسلامي تقضي بمنعه؛ لأنه عقد معاوضة فيه غرر كثير من غير حاجة، إذ من الممكن أن نحتفظ بعقد التأمين في جوهره ونستفيد بكل مزاياه مع التمسك بقواعد الفقه الإسلامي، وذلك بإبعاد الوسيط الذي يسعى إلى الربح، وجعل التأمين كله تأميناً تعاونياً، وأرى أن خير وسيلة إلى ذلك هي أن تتولى الحكومات في البلاد الإسلامية أمر التأمين بكافة أنواعه، فتجعل له منظمة خاصة تشرف عليه، على أن يكون المعنى التعاوني بارزاً فيه بروزاً واضحاً، وذلك بالنص صراحة في عقد التأمين على أن المبالغ التي يدفعها المشترك تكون تبرعاً منه للشركة، يعان منها من يحتاج إلى المعونة من المشتركين حسب النظام المتفق عليه.

هذا بالنسبة للتأمين بين أفراد الدولة الواحدة، فما حكم تعامل الدولة نفسها مع شركات التأمين العالمية؟

إذا طبقت كل دولة إسلامية نظام التأمين الذي يتفق مع تعاليم الإسلام في داخلها، فلن يصعب على هذه الدول أن تتفق على نظام مماثل فيما بينها، تستغني به عن التعامل مع شركات التأمين الأجنبية التي لا تلتزم بتعاليم الإسلام.

• • •

(١) راجع ص٦٠٥ و٦٠٦.

الخاتمة

وبعد، فقد فرغت بتوفيق الله وعونه مما أردت تفصيله، وبقي على أن أختم الرسالة ببيان أهم ما جاء فيها في النقاط الموجزة الآتية:

١ ــ بحثت في التمهيد نصوص القرآن والسنة الواردة في حرية التعاقد، وانتهيت إلى أن حرية التعاقد هي الأصل في الشريعة الإسلامية، وإلى أن القيود التي تحد منها هي نواهي الشارع وحدها، وإلى أن الغرر أحد تلك القيود المتفق عليها، ثم بينت رأي ابن حزم القائل بأن الأصل في العقود والشروط المنع، إلا ما ورد نص بجوازه، ودفعت ما احتج به، واستعرضت بعد ذلك الأطوار التي مر بها مبدأ سلطان الإرادة في القانون، وانتهيت إلى أن ما استقر عليه المبدأ في القرن العشرين يتفق في جملته مع ما قرره القرآن والسنة في القرن السابع، غير أني رأيت أن أثر الغرر على سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي أقوى بكثير من أثره عليه في القانون؛ لأن تحريم عقود الغرر من حق الله الذي لا يجوز للعبد إسقاطه في الفقه الإسلامي، أما في القانون فإن أكثر عقود الغرر تخرج عن دائرة النظام العام والأداب. فلا مانع في القانون. من التعاقد على ما فيه غرر، ولو ورد نص بمنعه، إلا في مسائل قليلة اعتبرها القانون مخالفة للنظام العام والآداب.

٢ ــ استعرضت في الباب الأول من القسم الأول من الرسالة تعريفات الغرر عند الفقهاء، واخترت من بينها التعريف الآتي: «الغرر ما كان مستور العاقبة»، ثم وضحت الفرق بين الغرر وثلاث كلمات تشتبه به هي: الغرور،

والجهالة، والقمار، ونبهت إلى استعمال بعض الفقهاء كلمة الغرر مكان الغرور، وبينت أن الغرر أعم من الجهالة والقمار، وعارضت الرأي القائل بأن الغرر من القمار، ثم ذكرت تعريف عقد الغرر في القانون، وبينت أن تعريف فقهاء القانون للغرر أخص من التعريف الذي اخترته.

٣ ــ في الباب الثاني المتعلق بالنصوص الواردة في الغرر بينت أن القرآن لم يرد فيه نص خاص في حكم الغرر، أو في حكم جزئية من جزئياته، ولكن ورد فيه حكم تدخل تحته جميع الأحكام الجزئية التي ذكرها الفقهاء في الغرر المنهي عنه هو: «تحريم أكل المال بالباطل» ومن ثم تعرضت للآيات التي تنهي عن أكل المال بالباطل وشرحتها شرحاً لا يخلو من جديد، ثم بينت أن أحكام الغرر وضحتها السنة، وأن من الأحاديث ما تناول حكم الغرر بصفة عامة، ومنها ما تناول حكم بعض جزئياته، وبحثت أحاديث النوع الأول، فوجدتها كلها تتفق في قول الصحابي، راوي الحديث: «نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر» فبينت ما يدل عليه قول الصحابي: «نهى النبي عن كذا» هل يدل على العموم أم لا؟ كما بينت آراء الفقهاء في حكم العقد المنهي عنه، وانتهت إلى أن الأحاديث تدل على تحريم بيع الغرر وفساده، وعلى شمول التحريم والفساد لكل بيوع الغرر.

٤ ــ في القسم الثاني من الرسالة تكلمت عن أثر الغرر في العقود والشروط، ومهدت له بتقسيم الغرر إلى أقسام؛ لتكون أصولاً ترد إليها جميع فروع الغرر، ورأيت أن الغرر يكون إما في صيغة العقد، وإما في محله، وأن الغرر في الصيغة يشمل:

(١) بيعتين في بيعة، وصفقتين في صفقة.
(٢) بيع العربان.
(٣) بيع الحصاة.
(٤) بيع المنابذة.

(٥) بيع الملامسة.
(٦) العقد المعلق، والعقد المضاف.

أما الغرر في محل العقد، وهو القسم الأكبر، فينحصر في تسعة أقسام هي:

(١) الجهل بذات المحل.
(٢) الجهل بجنس المحل.
(٣) الجهل بنوع المحل.
(٤) الجهل بصفة المحل.
(٥) الجهل بمقدار المحل.
(٦) الجهل بأجل المحل.
(٧) عدم القدرة على تسليم المحل.
(٨) التعاقد على المعدوم.
(٩) عدم رؤية المحل.

٥ ــ في الباب الأول من هذا القسم تحدثت عن أثر الغرر في عقد البيع على أساس التقسيم السابق للغرر، وبحثت أهم ما يندرج تحت كل قسم من فروع، لا سيما الفروع التي وردت فيها نصوص من السنة مع العناية بتحقيق الأحاديث.

فتكلمت عن الغرر في صيغة عقد البيع، وبحثت أهم تطبيقاته، فتحدثت عن «بيعتين في بيعة»، وحققت معناها والفرق بينها وبين صفقتين في صفقة كما تحدثت عن تعدد الصفقة في القانون الروماني، وانتهيت إلى أن مسلك الفقه الإسلامي في تقريره لمبدإ منع تعدد الصفقة، يحقق استقرار المعاملات، وهو في نفس الوقت، لا يحول دون التطور المنشود للمعاملات.

ثم تحدثت عن بيع العربون، فحققت تكييف هذا البيع في الفقه الإسلامي وبينت الفرق بينه وبين التكييف القانوني، كما بينت حكم بيع العربون في الفقه

الإسلامي، ورجحت الرأي القائل بالمنع، وقد اقتضاني البحث أن أحقق رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهو راوي حديث النهي عن بيع العربون.

وتناولت بالبحث بيع الحصاة، والملامسة، والمنابذة، وهي من بيوع الغرر التي كان الناس يتعاملون بها في الجاهلية؛ فنهى عنها رسول الله ﷺ، فبينت معناها، وحكمها عند المحدثين والفقهاء، ورأيت أن ما ذهب إليه الإمام مالك، من اعتبار بيع الثوب المدرج في جرابه من بيع الملامسة، لا ينطبق على بيع الثياب في زماننا، كما انتهيت إلى أن تحديد الصورة التي ورد النهي عنها في كل من هذه البيوع أمر غير ميسور، ثم بينت فائدة البحث عن هذه البيوع الجاهلية.

وفي الكلام عن العقد المعلق والعقد المضاف حققت المعنى الاصطلاحي للتعليق، وانتهيت إلى أن المدار في اعتبار العقد معلقاً، عند أكثر الفقهاء، هو أن يربط بين المعلق والمعلق عليه بأداة من أدوات التعليق، من غير نظر إلى كون المعلق عليه محتمل الحصول، أو محقق الحصول، ثم بينت حكم البيع المعلق عند الفقهاء، وانتهيت إلى منع تعليق البيع، إلا إذا كان هناك غرض صحيح من التعليق، ثم تحدثت عن العقد المضاف، وبينت أن الغالب في المضاف إليه أن يكون محقق الحصول، وقد يكون محتمل الحصول أحياناً، على عكس المعلق عليه في التعليق، كما بينت أن الغرر في التعليق أظهر منه في الإضافة.

٦ ــ ثم تكلمت عن الغرر في محل العقد، فبدأت بالجهل بذات المحل وبحثت فيه خيار التعيين في المذاهب المختلفة، وفي القانون المصري، وبينت الفرق بينهما، ووضحت أن مسلك الفقه الإسلامي هو الذي يتفق مع الغالب في الحياة العملية.

٧ ــ كما تكلمت عن الجهل بجنس المحل، وبينت فيه أن للمالكية رأياً بجواز بيع مجهول الجنس مع اشتراط خيار الرؤية، كما حققت ما ورد في بعض كتب الحنفية من جواز بيع المرء ما في كمه.

٨ ــ وبعد ذلك تكلمت عن الجهل بنوع المحل، وبينت أن جهالة النوع تمنع صحة البيع كجهالة الجنس، ولاحظت فيه أن كتب الحنفية ليس فيها كلام صريح عن النوع، وأنهم كثيراً ما يستعملون الوصف مكان النوع.

٩ ــ ثم بحثت الجهل بصفة المحل، وبينت فيه أن أكثر الفقهاء يشترطون ذكر صفة المحل لصحة البيع، وحققت مذهب الحنفية في هذا الموضوع، ولخصت رأي الشرنبلالي من رسالته «نفيس المتجر بشراء الدرر»، ثم بحثت بعض البيوع الممنوعة للجهل بصفة المحل، فتكلمت عن بيع الحمل، وبيع المضامين، والملاقيح، والمجر، وعسب الفحل، وحررت معاني هذه الكلمات وحققت الأحاديث الواردة فيها، ثم تكلمت عن بيع ما يكمن في الأرض؛ وأيدت رأي من يجوزونه، كما تكلمت عن بيع ما يختفي في قشره، وبينت الآراء المختلفة في حكمه وخرجت منها بقاعدة هي : أن ما يضره الكسر، ما تمكن معرفته من غير إزالة قشره يجوز بيعه وهو في قشره، وما لا يضره الكسر، ولا تمكن معرفته وهو في قشره لا يجوز بيعه؛ لأن في ذلك غرراً من غير حاجة.

١٠ ــ تكلمت بعد ذلك عن الجهل بمقدار المحل، وبينت أن العلم بمقدار المحل شرط لصحة البيع عند جميع الفقهاء سوى الشرنبلالي من علماء الحنفية، كما بينت رأي القانون، ثم بحثت بعض البيوع التي فيها غرر من جهة الجهل بمقدار المبيع فتكلمت عن المزابنة، وبينت معناها من الأحاديث، ووضحت أن الفقهاء توسعوا في تفسيرها بأكثر مما تدل عليه الأحاديث، وأتبعت ذلك بالكلام عن العرايا مبيناً معناها وحكمها من الأحاديث، ومن أقوال الفقهاء، وانتهيت إلى أن العرية هي النخلة الموهوب ثمرها، وإلى أن بيع العرية المرخص فيه هو: أن يبيع صاحب العرية ثمرها وهو على نخلته بخرصه تمراً أو رطباً على ألا يزيد على خمسة أوسق، يبيعه لمن يشاء، لمن يأكله رطباً ولغيره، ثم تكلمت عن المحاقلة، والجزاف، وبيع ضربة الغائص، وبيع الصوف على ظهر البهيمة، وبيع اللبن في

الضرع، ووضحت مذهب المالكية في جواز بيع اللبن في الضرع، ورجحته على رأي الجمهور.

ثم تكلمت عن جهالة مقدار الثمن، فبحثت البيع بغير ذكر ثمن، والبيع بسعر السوق، والبيع بحكم أحد المتعاقدين أو بحكم أجنبي، وبيع التولية، والمرابحة، والوضيعة، والبيع بربح نسبة في المائة، والبيع بسعر الوحدة، وبينت آراء الفقهاء في كل ذلك، وقارنته بالقانون الوضعي.

١١ ــ ثم تكلمت عن الجهل بالأجل، وبحثت فيه بيع حبل الحبلة، وبينت أنه من البيوع الممنوعة لما فيها من الغرر الناشيء عن جهالة الأجل، ثم وضحت آراء الفقهاء في أثر جهالة الأجل على صحة البيع، وانتهيت إلى أن الفقهاء متفقون على أن الجهالة التي ترجع إلى وجود الأجل، وهي ما يسميها الحنفية بالجهالة الفاحشة مفسدة للبيع، أما الجهالة التي ترجع إلى وقت حصول الأجل وهي ما يسميها الحنفية بالجهالة اليسيرة، فأكثرهم على أنها مفسدة للبيع أيضاً، وقال المالكية: لا تفسده، ورجحت رأي المالكية في هذا، كما رجحت رأي الظاهرية في جواز التأجيل إلى الميسرة. ثم بينت أن القانون لا يشترط العلم بالأجل لصحة البيع؛ وتكلمت عن التأجيل إلى الميسرة في القانون، وقارنته بمذهب الظاهرية.

١٢ ــ انتقلت بعد ذلك إلى الكلام عن عدم القدرة على تسليم المحل، فبينت رأي الجمهور في اشتراط القدرة على التسليم لصحة البيع، وخلاف الظاهرية في ذلك، ثم بحثت بعض البيوع التي فيها غرر ناشيء عن عدم القدرة على التسليم، فتكلمت عن بيع الآبق، وبيع السمك في الماء، والطير في الهواء، وبيع الدين، وبيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع مالم يقبض، وبيع المغصوب، وانتهيت إلى أن بيع الدين جائز، وإلى أن بيع السندات جائز أيضاً ما دام البيع خالياً عن الربا، كما انتهيت إلى أن عدم جواز بيع الإنسان ما ليس عنده خاص بالبيع المدخول فيه على

تسليم المبيع في الحال، وعلى هذا فلا يدخل فيه بيع الاستيراد. وحققت أحاديث النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وبينت الأحكام التي تستفاد منها، ورأيت أن النهي يتناول الطعام وغيره، منقولاً كان أو عقاراً، وأن النهي خاص فيما ملك بالشراء وحده، ولا يتناول ما ملك بأسباب التملك الأخرى.

ثم استخلصت من بحث عدم القدرة على التسليم الحقائق الآتية:

(١) ليس كل ما لا يقدر على تسليمه فيه غرر.

(٢) القدرة على التسليم عند الحنفية قد تكون شرط انعقاد، وقد تكون شرط صحة، وقد تكون شرط نفاذ.

(٣) الأصل أن تكون القدرة على التسليم متحققة عند العقد، ولكن قد يكفي إمكان تحققها بعد العقد أحياناً.

(٤) قدرة المشتري وحده على التسلم تكفي لصحة البيع، ولو كان البائع عاجزاً عن التسليم عند كثير من الفقهاء.

(٥) القدرة على التسليم في الفقه الإسلامي أعم من إمكان المحل في القانون.

١٣ ــ ثم تكلمت عن التعاقد على المعدوم، وبينت فيه أن الغرر يأتي من الجهل بوجود المحل لا من كونه معدوماً، ودفعت حجج من يمنع بيع كل معدوم، ووضحت أنه ليس فيما استدلوا به ما يفيد أن بيع المعدوم لا يجوز على الإطلاق، وإن كان فيها النهي عن بيع بعض المعدوم وانتهيت إلى أن القاعدة التي يجب اتباعها في بيع المعدوم هي: أن كل معدوم مجهول الوجود في المستقبل لا يجوز بيعه، وأن كل معدوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه.

ثم أوردت بعد ذلك تطبيقات لبيع المعدوم، فتكلمت بالتفصيل عن بيع الثمار، وحققت الأحاديث الواردة فيه، وأخذت منها أن بيع ثمر الشجرة، أو الحديقة لعام أو لأعوام مقبلة لا يجوز، وأن بيع الثمر قبل بدو صلاحه على أن

يترك في الشجرة إلى أن ينضج لا يجوز أيضاً، وأن علةَ النهي هي خوف هلاك الثمر بسببِ العاهة، وما يترتب على الهلاك من خصومات وأكل للمال بالباطل وبنيت على هذا التعليل أنه لو كان هناك نوع من الثمار لا تصيبه العاهة فلا بأس من بيعه قبل بدو صلاحه، وكذلك إذا كانت العاهة تندر في بلد من البلاد بسبب طبيعة ذلك البلد، أو بسبب التغلب على العاهات بالطرق العلمية، فلا حرج من بيع ثمار ذلك البلد قبل بدو صلاحها، كما أخذت من الأحاديثِ أن بيع الثمر بعد بدو صلاحه جائز سواء كان بشرط القطع أو بشرط الترك، أو على الإطلاق. ثم وضحت آراء الفقهاء في الموضوع. وأشرت إلى أن ما نسب إلى عمر بن الخطاب من أنه يجيز بيع الثمار سنين غير مقبول، وإلى أن ما نسبه بعضهم إلى محمد بن الحسن من تجويز بيع الثمر قبل بدو صلاحه بشرط الترك، إذا تناهى عظمه، غير صحيح.

ثم تكلمت عن بيع الثمر والزرع الذي يوجد بعضه بعد بعض، وبينت أن جمهور الفقهاء لا يجوز عندهم بيع ما لم يوجد من الثمر مع ما وجد وبدا صلاحه فلا يباع البطيخ ونحوه عندهم إلا لقطة لقطة، وأن المالكية والشيعة الإمامية وبعض مشايخ الحنفية يجوزون بيع ما لم يظهر من الثمر مع ما ظهر وبدا صلاحه وعرضت حجج كل فريق، وانتهيت إلى ترجيح رأي المجوزين.

تكلمت بعد ذلك عن بيع الأشياء المستقبلة في القانون وقارنته بالفقه وانتهيت إلى ترجيح رأي الفقه على القانون.

١٤ ــ وختمت الباب بالكلام عن الغرر الناشيء عن عدم رؤية المحل، وبحثت فيه بيع العين الغائبة، وبينت أن الأحاديث المروية في بيع الغائب لا تصلح حجة في الموضوع، ووضحت رأي المانعين لبيع الغائب، ونقضت أدلتهم. ثم فصلت آراء المجوزين، فتكلمت عن بيع العين الغائبة على الصفة، وبيعها على

الرؤية المتقدمة، وبيعها من غير صفة، ولا رؤية متقدمة، ورجحت الرأي القائل بأن من اشترى عيناً غائبة على الصفة، أو على الرؤية المتقدمة، فله الخيار إذا لم يجدها على ما رآها عليه، أو على ما وصفت له، أما لو وجدها على صفتها فلا خيار له، ثم قارنت بين الفقه الإسلامي والقانون، وبينت أن أهم ما يختلف فيه القانون عن الفقه هو أن القانون يجوز بيع العين الغائبة من غير رؤية، وما يقوم مقامها على اللزوم، في حين أن الفقهاء مجمعون على فساد هذا البيع لما فيه من الغرر الكثير.

١٥ ــ وفي الباب الثاني من القسم الثاني بحثت أثر الغرر في غير عقد البيع، فتكلمت عن أثر الغرر في عقود المعاوضات المالية، وبينت أنه يؤثر فيها كلها قياساً على عقد البيع، وأوردت تطبيقات لهذا، فتكلمت عن السلم، والاستصناع، والإجارة، والشركة، وبينت أن السلم عند الحنفية ليس من بيع المعدوم، وإنما هو من بيع ما ليس مملوكاً للبائع، ورأيت جواز تأجيل رأس مال السلم، ورجحت رأي الجمهور في اشتراط أن يكون المسلم فيه مؤجلاً، ورددت رأي الشافعية في جواز السلم الحال، وبينت أن في اشتراط التأجيل تخفيفاً للغرر. وفي الكلام عن الاستصناع بينت أنه لا غرر في أصل هذا العقد، وإنما يدخله الغرر كما يدخل عقد البيع، ثم قارنت بين بعض أحكام عقد الاستصناع في القانون، وفي الفقه الإسلامي.

١٦ ــ وفي مبحث الإجارة بينت أن الغرر يؤثر فيها كما يؤثر في البيع، ثم حققت آراء الفقهاء في حكم إجارة الأرض للزراعة، وانتهيت إلى أن إجارة الأرض جائزة سواء أكانت بالنقود أم بنسبة معينة مما يخرج منها، وهي المزارعة، وأن الإجارة الممنوعة هي ما كانت الأجرة فيها ما ينبته جزء معين من الأرض المستأجرة، أو كانت الأجرة فيها نسبة معينة على أن يكون لصاحب الأرض نصيب مستثنى لا يشاركه فيه المستأجر. وحققت آراء الفقهاء أيضاً في حكم إجارة الأرض

والشجر معاً، ورأيت جواز ذلك إذا كان الشجر قليلاً، أما إذا كان الشجر كثيراً فالأولى عندي المساقاة على الشجر والمزارعة في الأرض، كما حققت آراءهم في حكم الإجارة التي يكون المستحق فيها عيناً كإجارة الظئر، وإجارة الغنم للبن، ورأيت أن ما لا يمكن التعاقد عليه من الأعيان التي ينتفع بها مع بقاء أصلها، بطريق البيع، يلحق بالمنافع وتصح إجارته، وذلك كلبن الظئر، أما ما يمكن بيعه من الأعيان التي ينتفع بها مع بقاء أصلها: كلبن الغنم، وصوفها، فلا يلحق بالمنافع، ولا تجوز إجارته.

ثم تكلمت عن الجعالة، وفصلت مذاهب العلماء فيها، وبينت أن الذين يجوزونها يقولون إنها في القياس غرر؛ لما فيها من جهالة العمل، وجهالة الأجل، وإنما جازت استثناء للحاجة إليها، وقارنت بين الجعالة في الفقه الإسلامي، والوعد بجائزة في القانون.

١٧ ــ وفي الكلام عن الشركة بينت أنواع الشركات، وما يجوز منها وما لا يجوز، وفصلت القول في المضاربة، فبينت أنها تجوز عند جمهور الفقهاء أستثناء، وتجوز عند ابن تيمية قياساً، ثم ذكرت الشروط التي اشترطها الفقهاء في المضاربة والتي من شأنها أن تباعد بين هذا العقد، وعقود الغرر.

١٨ ــ ثم تكلمت عن أثر الغرر في عقود التبرعات، وقررت أن جميع المذاهب تجعل للغرر أثراً على عقود التبرعات ما عدا المذهب المالكي، فإن الغرر فيه لا يؤثر على عقود التبرعات، وأيدت ذلك ببيان آراء الفقهاء في أثر الغرر على الهبة والوصية.

وفي مبحث الهبة تكلمت عن رأي القانون في هبة المال المستقبل، وما ترتب عليه من عدم انسجام في أحكام القانون.

وفي مبحث الوصية قررت أن جميع الفقهاء يغتفرون في الوصية من الغرر ما

لا يغتفرونه في البيع، وأن الإباضية أكثر الفقهاء تشددا في تأثير الغرر على الوصية، ونقضت ما قرره بعض الفقهاء من أن الغرر عند الشافعية يؤثر في عقود التبرعات كما يؤثر في عقود المعاوضات.

١٩ ــ وتكلمت بعد ذلك عن أثر الغرر في عقد الزواج، والرهن، والكفالة، والوكالة، وبينت أن المالكية وإن كانوا من أكثر الفقهاء تسامحاً في تأثير الغرر على صحة المهر إلا أن قولهم بأن فساد المهر يفسد العقد يجعلهم من أكثرهم تشدداً في تأثيره على صحة الزواج، ورجحت الرأي القائل بأن فساد المهر لا يفسد عقد الزواج.

وفي الرهن بينت أن القاعدة العامة عند أكثر الفقهاء هي أن ما لا يصح بيعه لا يصح رهنه، وانتهيت إلى أن الغرر يؤثر في الرهن كما يؤثر في البيع عند جمهور الفقهاء، وأن تأثير الغرر على الرهن عند المالكية أخف كثيراً من تأثيره على البيع، ورجحت رأي المالكية على رأي الجمهور.

وفي بحث الكفالة انتهيت إلى أن أكثر الفقهاء، وإن كانوا يجعلون للغرر تأثيراً في عقد الكفالة إلا أنهم يغتفرون فيه من الغرر ما لا يغتفرونه في البيع.

وفي الوكالة بينت أن أكثر الفقهاء يجوزون الوكالة العامة على اختلاف بينهم فيما تخوله هذه الوكالة للوكيل من التصرفات، كما بينت أن القانون يحصر الوكالة العامة في دائرة أضيق من الدائرة التي حصرها فيها الفقهاء أما الوكالة الخاصة فقد اغتفر فيها الفقهاء من الغرر ما لا يغتفر في البيع.

٢٠ ــ في الباب الثالث من القسم الثاني تكلمت عن أثر الغرر في الشروط فحصرت الغرر في الشروط في ثلاثة أقسام:

(١) الشرط الذي في وجوده غرر.

(٢) الشرط الذي يحدث غرراً في صيغة العقد أو محله.

(٣) الشروط الذي يزيد من الغرر الذي في العقد.

وأوردت في كل قسم بعض الأمثلة التي تندرج تحته وتوضحه، واستنتجت منها أن تأثير الغرر على الشروط أخف من تأثيره في العقود.

٢١ ــ وفي القسم الثالث، حاولت أن أخرج بنظرية للغرر، فوضعت ضابطاً للغرر المؤثر هو:

«الغرر المؤثر هو الغرر الكثير، في عقود المعاوضات المالية، إذا كان في المعقود عليه أصالة، ولم تدع للعقد حاجة».

ثم فصلت ذلك في أربعة فصول بينت في الفصل الأول أن الغرر المؤثر هو ما كان في عقود المعاوضات المالية خاصة؛ لأنها هي وحدها التي يتحقق فيها المعنى الذي منع الشارع من أجله بيع الغرر.

وبينت في الفصل الثاني أن الغرر لا يؤثر إلا إذا كان كثيراً، وتحدثت عن ضابط الغرر الكثير، والغرر اليسير، وانتهيت إلى أن وضع ضابط للنوعين معاً أمر غير ميسور، ورأيت أن يترك هذان المعياران المرنان كما هما، تحددهما الظروف والبيئات، أو يكتفي بوضع ضابط للغرر الكثير وحده، واخترت أن يكون الضابط هو: «الغرر الكثير ما غلب على العقد حتى أصبح العقد يوصف به».

وفي الفصل الثالث بينت أن الغرر لا يؤثر إلا إذا كان في المعقود عليه أصالة، وأن الغرر في التابع لا أثر له، ووضحت ذلك بالأمثلة.

وبينت في الفصل الرابع أن العقد الذي تدعو الحاجة إليه لا يؤثر فيه الغرر، ووضحت المراد بالحاجة وقيدت الحاجة المعتبرة بالحاجة العامة أو الخاصة، وبأنه لا بد أن تكون متعينة، ثم تعرضت للصلة بين الحاجة والتعامل والاستحسان، وانتهيت إلى أن التعامل مظهر للحاجة، وإلى أن الاستحسان يستند إلى الحاجة أو التعامل.

٢٢ ــ وفي القسم الرابع طبقت نظرية الغرر على بعض العقود المعاصرة، فتكلمت عن عقود الغرر في التقنين المصري في ثلاثة أبواب: تحدثت في الباب الأول عن المقامرة والرهان من وجهة نظر القانون، ثم من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، وانتهيت إلى أن المقامرة بجميع صورها ممنوعة في الفقه الإسلامي، وأن الرهان الممنوع هو ضرب من القمار، وأن الاستثناءات التي جاء بها القانون لا يقرها الفقه الإسلامي، فالرهان بين المتبارين في الألعاب الرياضية لا يجوز في الفقه الإسلامي، وأوراق النصيب للأعمال الخيرية لا تجوز أيضاً، والمضاربة على فروق الأسعار في البورصة غير جائزة كذلك.

وفي الباب الثاني تحدثت عن المرتب مدى الحياة، وأدانا تطبيق نظرية الغرر إلى الحكم بجواز المرتب مدى الحياة إذا كان مصدره عقد تبرع، وعدم جوازه إذا كان مصدره عقد معاوضة.

وفي الباب الثالث تكلمت عن عقد التأمين، وانتهيت بعد تطبيق قاعدة الغرر عليه إلى أن التأمين التعاوني جائز شرعاً؛ لأن الغرر الذي فيه غير مؤثر؛ لأنه يدخل في عقود التبرعات، أما التأمين بقسط ثابت، فقد بينت أنه من عقود الغرر، ودفعت حجة من ينفي عنه الغرر، كما بينت أن الغرر الذي فيه من الغرر الكثير، ودفعت أيضاً حجة من يرى أن الغرر الذي في التأمين من الغرر اليسير غير المؤثر، ثم بينت أن الحاجة إلى التأمين، وإن كانت عامة إلا أنها غير متعينة، ومن ثم انتهيت إلى أن قواعد الفقه الإسلامي تقضي بمنع التأمين بقسط ثابت، واقترحت في كلمات موجزة البديل الذي يتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية.

اللهم كما هديتني إلى هذا العمل، ووفقتني إلى إتمامه، اجعله عملاً خالصاً لوجهك الكريم، ووفقني إلى مواصلة السير في طريق العاملين على خدمة كتابك

وسنة نبيك الأمين، واهدنا الصراط المستقيم صراط الذين أنعمت عليهم غير المغضوب عليهم ولا الضالين.

وصل اللهم وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

• • •

المراجع

بحسب الترتيب التاريخي

١ ــ كتب التفسير

* معاني القرآن ــ يحيى بن زياد الفراء (٢٠٧هـ) مطبعة دار الكتب المصرية «١٣٧٤هـ».

* تأويل مشكل القرآن ـ عبد الله بن مسلم بن قتيبة (٢٧٦هـ) ــ مطبعة البابي الحلبي «١٣٧٣هـ».

* جامع البيان عن تأويل آي القرآن ــ محمد بن جرير الطبري «٣١٠هـ».

* أحكام القرآن ــ أبو بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص (٣٧٠هـ) ــ مطبعة الأوقاف «١٣٣٥هـ».

* الكشاف ــ محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي (٥٣٨هـ) ــ مطبعة الاستقامة «١٣٧٣هـ».

* أحكام القرآن ــ أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد المعروف بابن العربي (٥٤٣هـ) ــ دار إحياء الكتب العربية «١٣٧٦هـ».

* مفاتيح الغيب ــ محمد فخر الدين بن ضياء الدين الرازي (٦٠٦هـ) ــ المطبعة الخيرية «١٣٠٨هـ».

* الجامع لأحكام القرآن ــ محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (٦٧١هـ) ــ مطبعة دار الكتب المصرية.

* البحر المحيط ــ أبو عبد الله محمد بن يوسف بن حيان الأندلسي (٧٥٤هـ). مطبعة السعادة «١٣٢٩هـ».

* أنوار التنزيل وأسرار التأويل ـ القاضي ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي ـ «٧٩١هـ».

* روح المعاني ـ محمود الألوسي البغدادي (١٢٧٠هـ) ـ إدارة الطباعة المنيرية «١٢٦٧هـ».

* تفسير المنار ـ رشيد رضا (١٣٥٤هـ) ـ مطبعة المنار «١٣٤٦هـ».

٢ ـ كتب السنّة

* الموطأ ـ مالك بن أنس (١٧٩هـ) مطبعة السعادة ـ بهامش المنتقى.

* مسند الإمام الشافعي بهامش الجزء السادس من كتاب الأم ـ محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤هـ) المطبعة الأميرية «١٣٢٣هـ».

* مسند الإمام أحمد بن حنبل (٢٤١هـ) المطبعة المَيمنية «١٣١٣هـ».

* مسند الإمام أحمد بشرح الأستاذ أحمد محمد شاكر ـ مطبعة دار المعارف بمصر «١٣٧٥ ـ ١٣٧٧هـ».

* صحيح البخاري ـ أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري (٢٥٦هـ) ـ المطبعة الأميرية «١٣١٤هـ».

* صحيح مسلم ـ مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري (٢٦١هـ).

* سنن ابن ماجه مع حاشية السندي ـ الإمام الحافظ محمد بن يزيد بن ماجه (٢٧٣هـ) ـ المطبعة العلمية «١٣١٣هـ».

* سنن أبي داود ـ الإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني (٢٧٥هـ) مطبعة السعادة «١٣٦٩هـ».

* صحيح الترمذي بشرح ابن العربي ـ أبو عيسى محمد بن عيسى السلمي (٢٧٩هـ) المطبعة المصرية بالأزهر «١٣٥٠هـ» ومطبعة مصطفى الحلبي تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي.

* سنن النسائي مع شرح السيوطي وحاشية السندي ـ الحافظ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي (٣٠٣هـ) ـ المطبعة المصرية بالأزهر والميمنية بمصر.

* السنن الكبرى ـ الإمام الحافظ أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (٤٥٨هـ) ـ مطبعة دار المعارف العثمانية بحيدر آباد «١٣٥٤هـ».

* المنتقى شرح الموطأ ـ سليمان بن خلف الباجي (٤٧١هـ) مطبعة السعادة.

* شرح صحيح الترمذي ـ أبو بكر محمد بن عبد الله بن العربي (٥٤٣هـ) المطبعة المصرية بالأزهر «١٣٥٠».

* عمدة الأحكام ـ عبد الغني بن عبد الواحد المقدسي (٦٠٠هـ) ـ مطبعة السنة المحمدية.

* المنتقى من أخبار المصطفى أبو البركات مجد الدين عبد السلام بن تيمية الحراني ٦٥٣هـ.

* شرح النووي على صحيح مسلم ـ أبو زكريا محيى الدين يحيى بن شرف النووي الشافعي (٦٧٦هـ).

* إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ـ محمد بن علي بن وهب بن دقيق العيد (٧٠٢هـ) ـ مطبعة السنة المحمدية. القاهرة.

* زاد المعاد في هدي خير العباد ـ أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية (٧٥١هـ).

* نصب الراية إلى تخريج أحاديث الهداية ـ محمد بن عبد الله بن يوسف الزيلعي (٧٦٢هـ) ـ مطبعة دار المأمون.

* مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ـ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (٨٠٧هـ) مكتبة القدسي، القاهرة «١٣٥٣هـ».

* فتح الباري بشرح صحيح البخاري ـ الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد المعروف بابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) ـ المطبعة البهية.

* التلخيص الحبير تخريج أحاديث الرافعي الكبير، مع المجموع ـ ابن حجر العسقلاني ـ المطبعة الأنصارية «دلهي ١٣٠٢».

* بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ـ ابن حجر العسقلاني (٨٥٢هـ) ـ مطبعة البابي الحلبي (١٣٦٩هـ) مع سبل السلام.

* عمدة القاري شرح صحيح البخاري ـ بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد العيني (٨٥٥هـ) الطباعة المنيرية.

* تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي ـ الإمام الحافظ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (٩١١هـ) المطبعة الخيرية بمصر «١٣٠٧هـ».

* اللآلىء المصنوعة في الأحاديث الموضوعة ـ جلال الدين السيوطي (٩١١هـ) المطبعة الأدبية «١٣١٧هـ».

* إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري ـ شهاب الدين أحمد بن محمد القسطلاني (٩٢٣هـ) طبع بولاق «١٣٢٧هـ».

* شرح الزرقاني على موطأ مالك ـ محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني (١١٢٢هـ) مطبعة الاستقامة بالقاهرة «١٣٧٩هـ).

* حاشية السندي على سنن ابن ماجه ـ الإمام أبو الحسن محمد بن عبد الهادي المعروف بالسندي (١١٣٨هـ) المطبعة العلمية ١٣١٣هـ.

* سبل السلام شرح بلوغ المرام ـ محمد بن إسماعيل الصنعاني (١١٨٢هـ) ـ مطبعة البابي الحلبي «١٣٧٢هـ».

* نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ـ الإمام محمد بن علي الشوكاني (١٢٥٥هـ) مطبعة البابي الحلبي ١٣٧٢هـ.

* اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان ـ محمد فؤاد عبد الباقي ـ مطبعة عيسى البابي الحلبي ١٣٦٨هـ.

٣ ـ كتب الفقه الإسلامي

(أ) المذهب الحنفي:

* الخراج ـ أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم (١٨٣هـ) ـ المطبعة السلفية بمصر ١٣٥٢هـ.

* الأصل ـ أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (١٨٩ هـ) مطبعة جامعة القاهرة ١٩٥٤.

* مختصر الطحاوي ـ أحمد بن محمد بن سلمة الأزدي الطحاوي (٣٢١هـ) دار الكتاب العربي ١٩٥١.

* مختصر القدوري ـ أحمد بن محمد بن أحمد القدوري (٤٢٨هـ). الآستانة ١٣١٠هـ.

* المبسوط ـ محمد بن أحمد بن سهل السرخسي (٤٣٨هـ) مطبعة السعادة مصر.

* تحفة الفقهاء ـ علاء الدين السمرقندي (٥٣٩هـ) مطبعة جامعة دمشق ١٩٥٨.

* بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ـ علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني (٥٨٧هـ) مطبعة الجمالية بمصر ١٩١٠. ط١.

* الهداية مع فتح القدير ـ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني «٥٩٣هـ» المطبعة الأميرية ١٣١٥ ط١.

* الاختيار لتعليل المختار ـ أبو الفضل عبد الله بن محمود الموصلي ٦٨٣هـ طبعة القاهرة «١٣٥٦هـ».

* كنز الدقائق، بهامش البحر الرائق ـ حافظ الدين عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي (٧١٠هـ).

* تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ـ فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي (٧٤٢هـ) المطبعة الأميرية الكبرى بولاق «١٣١٣هـ».

* الفوائد الطرسوسية أو أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل ـ نجم الدين إبراهيم بن علي الطرسوسي (٧٥٨هـ) مطبعة الشرق بمصر ١٣٤٤هـ.

* العناية ـ بهامش فتح القدير ـ محمد بن محمد بن محمود البابرتي (٧٧٦هـ). المطبعة الأميرية بمصر ١٣٥هـ.

* جامع الفصولين ـ ابن قاضي سماوه (٨٢٣هـ) المطبعة الأزهرية «١٣٠٠هـ».

* رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق ـ محمود بن أحمد بن موسى بدر الدين العيني (٨٥٥هـ) مطبعة وادي النيل «١٢٩٩هـ».

* فتح القدير، شرح الهداية ـ كمال الدين بن الهمام (٨٦١هـ) المطبعة الأميرية بولاق «١٣١٧هـ».

* درر الحكام شرح غرر الأحكام ـ سليمان بن عبد الله المشهور بمنلاخسرو (٨٨٥هـ) المطبعة العامرة «١٣٠٤هـ».

* حاشية على العناية والهداية ـ سعدي جلبي (٩٤٥) مطبوع على هامش فتح القدير.

* البحر الرائق شرح كنز الدقائق ـ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصري (٩٧٠هـ) المطبعة العلمية.

* الأشباه والنظائر ـ زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم المصري ٩٧٠هـ ـ دار الطباعة العامرة ١٢٩٠هـ.

* تنوير الأبصار مطبوع بهامش رد المحتار ـ محمد بن عبد الله بن أحمد الخطيب التمرتاشي (١٠٠٤هـ).

* غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام، حاشية على الدرر مطبوع على هامش درر الحكام ـ حسن بن عمار بن علي الشرنبلالي (١٠٦٩هـ).

* نفيس المتجر بشراء الدرر ـ مخطوط ـ حسن بن عمار الشرنبلالي.

* الفتاوى الهندية ـ جماعة من علماء الهند (١٠٧٠) المطبعة الأميرية بولاق ١٣١٠هـ.

* مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ـ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المشهور بشيخ زاده ١٠٨٧ ـ دار الطباعة العامة.

* الدر المختار شرح تنوير الأبصار، على هامش رد المحتار ـ إبراهيم بن أحمد بن علي الحصكفي (١٠٨٨هـ).

* رد المحتار على الدر المختار ـ محمد أمين بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين ١٢٥٢هـ طبعة بولاق.

* مجموعة رسائل ابن عابدين ـ محمد أمين بن عابدين ـ مطبعة دار سعادات ١٣٢٥هـ.

* قرة عيون الأخبار تكملة لرد المحتار ـ محمد علاء الدين بن محمد أمين بن عمر عابدين ١٣٠٦هـ مطبعة القاهرة ١٢٩٩.

* **(ب) المذهب المالكي:**

* المدونة الكبرى ـ رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم ـ مالك بن أنس الأصبحي (١٧٩) مطبعة السعادة سنة ١٣٢٣.

* الرسالة ـ عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني (٣٨٩هـ) مطبعة الاستقامة بالقاهرة ١٣٥٣هـ.

* المنتقى، شرح موطأ الإمام مالك ـ أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي (٤٩٤هـ) مطبعة السعادة ١٣٣٢هـ.

* المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات الشرعيات لأمهات مسائلها المشكلات ـ أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (٥٢٠هـ) مطبعة السعادة ١٣٢٥هـ.

* بداية المجتهد ونهاية المقتصد ـ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (٥٩٥) مطبعة الاستقامة ١٩٥٢هـ.

* الفروق ـ أحمد بن إدريس عبد الرحمن القرافي (٦٨٤هـ) القاهرة ١٣٤٤هـ.

* لباب اللباب ـ أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن راشد (٧٣٦هـ) المطبعة التونسية ١٣٤٦هـ).

* القوانين الفقهية ـ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي (٧٤١هـ) مطبعة النهضة بتونس ١٣٤٤هـ.

* مختصر العلامة خليل ـ خليل بن إسحق بن موسى (٧٧٦هـ) مطبعة البابي الحلبي ١٣٣٣هـ.

* مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ـ محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب (٩٥٤هـ) مطبعة السعادة ١٣٢٩هـ

* شرح على مختصر خليل ـ عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني (١٠٩٩هـ) طبعة مصطفى محمد.

* شرح على مختصر خليل ـ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي (١١٠١) المطبعة الأميرية ببولاق ١٣١٧هـ.

* حاشية على الخرشي ـ علي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي ١١٨٩هـ.

* الشرح الكبير على مختصر خليل ـ أحمد بن محمد بن أحمد العدوي الشهير بالدردير ١٢٠١ طبعة دار إحباء الكتب العربية.

* حاشية على الشرح الكبير ـ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي (١٢٣٠) مطبعة مصطفى محمد.

* شرح منح الجليل على مختصر خليل ـ محمد عليش ١٢٩٩ المطبعة الكبرى.

* فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ـ محمد عليش ١٢٩٩ مطبعة التقدم العلمية بالقاهرة.

* **(جـ) المذهب الشافعي:**

* الأم ـ أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (٢٠٤هـ) المطبعة الأميرية ببولاق (١٣٢١هـ).

* مختصر المزني على هامش كتاب الأم ـ أبو إبراهيم إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني (٢٦٤هـ).

* المهذب ـ إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (٤٧٦هـ) عيسى البابي الحلبي القاهرة.

* الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي ـ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ٥٠٥ مطبعة الآداب والمؤيد بالقاهرة ١٣١٧هـ.

* فتح العزيز شرح الوجيز ـ أبو القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي ٦٢٣هـ).

* قواعد الأحكام في مصالح الأنام ـ عز الدين بن عبد السلام (٦٦٠هـ) مطبعة الاستقامة بالقاهرة.

* المجموع شرح المهذب ـ أبو زكريا محيى الدين يحيى بن شرف النووي ٦٧٦هـ. مطبعة التضامن الأخوي.

* المنهاج ـ مطبوع على هامش نهاية المحتاج ـ النووي.

* الأشباه والنظائر ـ جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ٩١١هـ مطبعة الحلبي بالقاهرة ١٩٣٨م.

* تحفة الطلاب مع حاشية الشرقاوي ـ أبو يحيى زكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري ٩٢٥هـ مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٦٠هـ.

* حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووي ـ شهاب الدين أحمد البرلسي الملقب بعميرة ٩٥٧هـ مطبعة عيسى البابي الحلبي ١٣٧٥هـ.

* تحفة المحتاج شرح على المنهاج ـ أبو العباس أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ٩٧٤هـ مصطفى محمد ١٣٠٤هـ..

* مغنى المحتاج إلى شرح المنهاج ـ شمس الدين محمد بن أحمد بن الشربيني ٩٧٧هـ طبع مصطفى البابي الحلبي ١٣٧٧هـ.

* نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ـ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي (١٠٠٤هـ). طبعة البابي الحلبي سنة ١٣٥٧.
* حاشية على شرح الجلال المحلى على المنهاج ـ أحمد بن أحمد بن سلام القليوب(١٠٦٩هـ) مطبعة البابي الحلبي ١٣٧٥.
* حاشية على نهاية المحتاج ـ نور الدين أبو الضياء علي بن علي الشبراملسي (١٠٨٧هـ) مطبعة القاهرة سنة ١١٠٤هـ.
* حاشية على تحفة الطلاب ـ عبد الله بن حجازي بن إبراهيم الشرقاوي الأزهري (١٢٢٧هـ) مطبعة مصطفى الحلبي سنة ١٣٦٠هـ.
* **(د) المذهب الحنبلي:**
* مختصر الخرقي مع المغنى ـ أبو القاسم عمر بن الحسين الخرقي (٣٣٤هـ) مطبعة دار المنار سنة ١٣٦٧هـ.
* المغنى ـ أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (٦٢٠هـ) طبعة دار المنار سنة ١٣٦٧هـ.
* المحرر في الفقه ـ الشيخ الإمام مجد الدين أبو البركات (٦٥٢هـ).

مطبعة السنة المحمدية سنة ١٣٦٩هـ.
* الشرح الكبير على متن المقنع ـ شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي (٦٨٢هـ) مطبعة المنار سنة ١٣٤٧.
* القواعد النورانية الفقهية ـ شيخ الإسلام أبو العباس تقي الدين أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم الخضر النميري الحراني الدمشقي الحنبلي المعروف بابن تيمية (٧٢٨هـ) مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٠هـ.
* نظرية العقد ـ ابن تيمية ـ طبعة أنصار السنة المحمدية.
* مجموعة الفتاوي ـ ابن تيمية ـ طبعة الكردي.

* القياس ـ ابن تيمية.
* زاد المعاد ـ محمد بن قيم الجوزية (٧٥١)هـ.
* بدائع الفوائد ـ ابن القيم.
* إعلام الموقعين ـ ابن القيم.
* الفروع ـ محمد بن مفلح المقدس (٧٦٢هـ) القاهرة ١٣٣٩هـ.
* القواعد ـ أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي الدمشقي ٧٩٥هـ مطبعة الصدق الخيرية بمصر.
* الإقناع مع كشاف القناع ـ شرف الدين أبو النجا موسى بن أحمد بن سالم المقدسي الحجاوي (٩٦٠هـ).
* كشاف القناع عن متن الإقناع ـ منصور بن يونس البهوتي ١٠٥١هـ مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٦هـ.
* المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ـ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بن عبد الرحيم الدومي الدمشقي الملقب بابن بدران ١٣٤٦هـ.
* **(هـ) مذهب الشيعة الإمامية:**
* المختصر النافع ـ أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن بن يحيى الهزلي الحلي ٦٧٦هـ ط ٢ وزارة الأوقاف.
* اللمعة الدمشقية ـ الإمام أبو عبد الله محمد بن الشيخ جمال الدين مكي النبطي الجزيني المعروف بالشهيد الأول ٧٨٦هـ مطبعة دار الكتاب العربي.
* الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ـ الإمام زين الدين بن الإمام نور الدين علي بن أحمد بن محمد بن جمال الدين الجبعي العاملي المعروف بالشهيد الثاني ٩٦٥هـ.
* مفتاح الكرامة ـ محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني الموسوي العاملي ١٢٢٦هـ طبعة القاهرة ١٣٢٣.

* (و) مذهب الشيعة الزيدية :

* مجموع الفقه ــ أبو الحسين زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبـي طالب ١٢٢هـ طبعة ميلانو ١٩١٩ .

* البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ــ أحمد بن يحيـى بن المرتضى بن مفضل بن منصور الحسني ٨٤٠هـ القاهرة ١٩٤٨ .

* المنتزع المختار من الغيث المدرار ــ عبد الله بن مفتاح ٨٧٧هـ القاهرة ١٣٣٢هـ.

* الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير ــ شرف الدين الحسين بن أحمد بن الحسين اليمن الصنعاني ١٢٢١هـ مطبعة السعادة ١٣٤٨هـ.

* (ز) مذهب الإباضية :

* كتاب النيل ــ ضياء الدين عبد العزيز بن إبراهيم الثميني ١٢٢٣هـ.

* شرح النيل وشفاء العليل ــ محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش الحفصي العدوي الجزائري ١٣٣٢ القاهرة ١٣٤٣هـ.

* (حـ) مذهب الظاهرية :

* المحلى ــ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (٤٥٦هـ) المطبعة المنيرية ١٣٥١هـ.

* (ط) المؤلفات الحديثة :

* الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الإسلامي ــ أحمد إبراهيم ١٩٤٥م.

* الإكراه بين الشريعة والقانون ــ مجلة القانون والاقتصاد، كلية حقوق جامعة القاهرة العدد الأول السنة الحادية والثلاثون ــ محمد زكريا البرديسي.

* الميراث والوصية ــ محمد زكريا البرديسي.

* نموذج لكتاب العقد مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية ــ جماعة من رجال الشريعة الإسلامية والقانون، دار الطباعة والنشر الإسلامية القاهرة ١٩٤٨ .

* تاريخ التشريع الإسلامي ــ محمد الخضري ١٩٢٧م مطبعة الاستقامة القاهرة ١٣٥٨هـ.

* أحكام المعاملات الشرعية ــ مطبعة أنصار السنة ــ علي الخفيف.

* أحكام الوصية ــ علي الخفيف.

* الشركات في الفقه الإسلامي ــ علي الخفيف.

* عقد التأمين ــ مصطفى الزرقا ــ بحث منشور في كتاب أسبوع الفقه الإسلامي ١٩٦٢م.

* الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل المفقهي العام ــ مصطفى الزرقا ــ مطبعة الجامعة السورية ١٩٥٢م.

* ابن تيمية ــ محمد أبو زهرة ــ دار الفكر العربـي.

* ابن حزم ــ محمد أبو زهرة ــ مطبعة مخيمر ١٣٧٣هـ.

* الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ــ محمد أبو زهرة ــ مطبعة نوري القاهرة ١٣٣٩هـ.

* العرف والعادة في رأي الفقهاء ــ أحمد فهمي أبو سنة ــ مطبعة الأزهر ١٩٤٩م.

* مصادر الحق في الفقه الإسلامي ــ عبد الرزاق السنهوري.

* النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ــ شفيق شحاتة ــ مطبعة الاعتماد القاهرة ١٩٣٦م.

* تعليل الأحكام ــ مصطفى شلبـي ــ مطبعة الأزهر القاهرة ١٩٤٩م.

* المقارنات والمقابلات ــ محمد حافظ صبري ــ مطبعة هندية القاهرة ١٩٠٢م.

* الميراث في الشريعة الإسلامية ــ الصديق محمد الأمين الضرير ـ المطبعة الكمالية ط ١ ١٩٦٤م.

* حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية ــ بحث منشور في كتاب أسبوع الفقه الإسلامي ١٩٦٢م الصديق الضرير.

* الميسر والأزلام ــ عبد السلام محمد هارون ــ دار الفكر العربي ١٩٥٣م.

* الغرر في محل الالتزام التعاقدي ــ عبد الله محمد بن جبير ــ مطبوع على الآلة الكاتبة في معهد الدراسات العربية القاهرة.

* الأجل في الالتزام ــ عبد الناصر العطار ــ رسالة دكتوراه ١٩٦٥م.

* تاريخ التشريع الإسلامي ومصادره ــ محمد سلام مدكور.

* المدخل للفقه الإسلامي ــ محمد سلام مدكور ــ دار النهضة العربية ١٣٨٠هـ ١٩٦٠م.

* الوصايا في الفقه الإسلامي ــ محمد سلام مدكور.

* مرشد الحيران ــ محمد قدري باشا القاهرة ١٩٠٩م.

* تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ــ محمد أديب صالح ــ رسالة دكتوراه مطبعة جامعة دمشق ١٩٦٤م.

* مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي ــ محمد زكي عبد البر ــ بحث مستخرج من مجلة إدارة قضايا الحكومة العدد الثاني السنة الثامنة.

* الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي ــ محمد يوسف موسى ــ ١٣٧٣هـ.

* البيوع والمعاملات المالية المعاصرة ــ محمد يوسف موسى دار الكتاب العربي ١٣٧٣هـ.

* النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ــ صبحي محمصاني مطبعة الكشاف بيروت ١٩٤٨م.

٤ ــ أصول الفقه

* الرسالة ــ الشافعي ٢٠٤هـ ــ تحقيق أحمد شاكر ــ طبعة مصطفى البابي الحلبي ١٣٥٨هـ.

* الأحكام في أصول الأحكام ــ ابن حزم ٤٥٦هـ مطبعة الإمام القاهرة.

* المستصفى في الأصول ــ أبو حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي ٥٠٥هـ طبع القاهرة ١٣٢٢هـ.

* الإحكام في أصول الأحكام ــ أبو الحسن سيف الدين علي بن محمد الآمدي ٦٣١هـ مطبعة دار المعارف القاهرة ١٣٣٢.

* مختصر ابن الحاجب ــ عثمان بن عمر بن أبي بكر بن الحاجب ٦٤٦.

* التوضيح شرح متن التنقيح ــ عبيد الله بن مسعود بن محمود بن أحمد صدر الشريعة ٧٤٧هـ ــ طبع القاهرة.

* شرح علي مختصر ابن الحاجب ــ عضد الدين الأيجي عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار ٧٥٦هـ.

* نهاية السول شرح منهاج الوصول ــ عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي ٧٧٢هـ المطبعة السلفية ١٣٤٥هـ.

* الموافقات ــ إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي ٧٩٠هـ المطبعة الرحمانية بالقاهرة.

* التلويح حاشية على التوضيح ــ سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني ٧٩٢هـ.

* إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ــ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني ١٢٥٠هـ ــ مطبعة السعادة بالقاهرة ١٣٢٧هـ م.

* أصول الفقه ــ محمد الخضري ١٣٤٥هـ ــ ١٩٢٧م مطبعة الجمالية القاهرة ط (١) ١٣٢٩هـ.

* علم أصول الفقه ــ عبد الوهاب خلاف ١٣٧٥هـ ١٩٥٥م.

* مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ــ عبد الوهاب خلاف.

* مباحث الحكم عند الأصوليين ــ محمد سلام مدكور ــ دار النهضة العربية ١٣٧٩هـ ــ ١٩٥٩م.

* نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء ــ محمد سلام مدكور ــ المطبعة العالمية ١٣٨٣هـ ١٩٦٣م.

* أصول الفقه ــ محمد زكريا البرديسي ــ

٥ ــ القانـون

* (أ) باللغة العربية:

* نظرية الالتزام في القانون المدني المصري ــ أحمد حشمت أبو ستيت ــ طبع ١٩٥٤م.

* النظرية العامة للالتزام ــ أنور سلطان ــ طبعة دار المعارف ١٩٦٢م.

* عقد البيع ــ عبد المنعم البدراوي ــ القاهرة ١٩٥٨م.

* الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو الآداب ــ عبد الله جليل ــ المطبعة العالمية القاهرة ١٩٥٨م.

* شرح العقود المدنية ــ البيع والمقايضة والإيجار ــ جميل الشرقاوي ــ دار النهضة العربية ١٩٦٤م.

* محاضرات في القانون المدني العراقي ــ حسن ذنون.

* عقد البيع في التقنين المدني الجديد ــ سليمان مرقص ــ مطبعة نهضة مصر ١٩٥٥م.

* شرح المجلة ــ سليم بن رستم باز ــ بيروت ١٨٧٨م.

* الوسيط ــ عبد الرازق السنهوري ١٩٣٤م.

* نظرية العقد ــ عبد الرزاق السنهوري. طبع ١٩٣٤م.

* الموجز في النظرية العامة للالتزامات ــ عبد الرزاق السنهوري. طبع ١٩٣٨م.

* أحكام القانون المدني الجديد ــ التأمينات الشخصية والعينية ــ عبد الفتاح عبد الباقي.

* نظرية الالتزامات في القانون الروماني ــ شفيق شحاتة. مطبعة مصطفى البابي الحلبي ١٩٦٣م.

* نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ــ عبد المنعم فرج الصده. القاهرة ١٩٤٥م.

* مصادر الالتزام ــ الصده. مطبعة الحلبي القاهرة.

* محاضرات في القانون المدني ــ الصده.

* أبحاث في عقد البيع في القانون الروماني ــ مطبوعة على الآلة الكاتبة محاضرات لدبلوم القانون الخاص بجامعة القاهرة. صوفي حسن أبو طالب.

* تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ــ صوفي حسن أبو طالب. طبعة القاهرة ١٩٥٤م.

* في الالتزامات ــ عبد السلام ذهني ١٩٢٤م.

* العقود المسماة ــ الجزء السادس عقد البيع والمقايضة، محمد كامل مرسي. المطبعة العالمية بالقاهرة ١٩٥٣م.

* شرح القانون المدني الجديد ــ محمد كامل مرسي.

* مجموعة الأعمال التحضيرية:

* قانون القروض المحلية لحكومة السودان، السندات المسجلة ١/ ٩/ ١٩٦٤م أمر رقم (٧).

* (ب) باللغة الإنجليزية:

Chalmers Sale of Goods- 12the edition.
G.H. Treitel: The Law of Contract.
Halsbury's Laws of England- 2nd edition
P. S. Atiya: The Sale of Goods.
The Sale of goods Act 1893.
Sudan Law Reports (Civil).

٦ ـــ كتب التراجم واللغة

* الصحاح: إسماعيل بن حماد الجوهري ٣٩٣هـ.
* أساس البلاغة: محمود بن عمر الزمخشري ٥٣٨هـ.
* لسان العرب: محمد بن مكرم جمال الدين بن منظور ٧١١هـ.
* المصباح المنير: أحمد بن محمد الفيومي ٧٧٠هـ.
* الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب: إبراهيم بن علي بن فرحون ٧٩٩هـ.
* التعريفات: علي بن محمد الحسيني الجرجاني ٨١٦هـ.
* القاموس المحيط: محمد بن يعقوب مجد الدين الفيروز آبادي ٨١٧هـ.
* الإصابة في تمييز الصحابة: ابن حجر العسقلاني ٨٥٢هـ.
* كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ـ مصطفى بن عبد الله الشهير بحاجي خليفة ١٠٦٧هـ.
* كشاف اصطلاحات الفنون ـــ محمد على التهانوي ١١٥٨هـ.
* الفوائد البهية في تراجم الحنفية ـــ محمد عبد الحي اللكنوي الهندي ١٣٠٤هـ.
* الأعلام ـــ خير الدين الزركلي.
* معجم المؤلفين ـــ عمر رضا كحالة.

• • •

الأعلام الواردة في الكتاب

« أ »

« ش »

« ص »

« ط »

« ع »

«ن»

«هـ»

«و»

«ي»

• • • •

فهرس الموضوعات

الفصل الثاني
السنة

القسم الثاني
أثر الغرر في العقود والشروط

الباب الأول
أثر الغرر في عقد البيع
الفصل الأول

الغرر في صيغة العقد
المبحث الأول
بيعتان في بيعة وصفقتان في صفقة

المبحث الثاني

بيع العربان

المبحث الثالث

بيع الحصاة

المبحث الرابع

بيع الملامسة

المبحث الخامس

بيع المنابذة

المبحث السادس
العقد المعلق والعقد المضاف

الفصل الثاني
الغرر في محل العقد

المبحث الأول
الجهل بذات المحل

المبحث الثاني
الجهل بجنس المحل

المبحث الثالث

الجهل بنوع المحل

المبحث الرابع

الجهل بصفة المحل

المبحث الخامس

الجهل بمقدار المحل

المبحث الرابع
الشركة

الفصل الثاني

أثر الغرر في عقود التبرعات

الفصل الثالث

أثر الغرر في العقود أخرى

القسم الرابع

الباب الأول

المقامرة والرهان

الفصل الأول

المقامرة والرهان في القانون

الفصل الثاني

المقامرة والرهان في الفقه الإسلامي

الباب الثاني

المرتب مدى الحياة

الفصل الأول

المرتب مدى الحياة في القانون

الفصل الثاني

المرتب مدى الحياة في الفقه الإسلامي

الباب الثالث

عقد التأمين

الفصل الأول

عقد التأمين في القانون

الفصل الثاني

حكم عقد التأمين في الشريعة الإسلامية